

TEMAS

El odio como motivación criminal

Director

Marco Teijón Alcalá

Prólogo

Alicia Gil Gil

■ LA LEY

TEMAS

■ LA LEY

El odio como motivación criminal

Director

Marco Teijón Alcalá

Prólogo

Alicia Gil Gil

© De los autores, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: enero 2022

Depósito Legal: M-52-2022

ISBN versión impresa: 978-84-19032-10-2

ISBN versión electrónica: 978-84-19032-11-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

2. DERECHO ALEMÁN

2.1. El uso de signos totalitarios (§ 86 a StGB)

2.1.1. Regulación legal

El § 86 a StGB, ubicado en el Título 3 de la Parte Especial, dedicado a los «Delitos que ponen en peligro el Estado constitucional democrático», tipifica el «Uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales»:

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

1) Divulgue dentro del territorio nacional signos distintivos de uno de los partidos o asociaciones recogidos en los apartados 1, 2 y 4 del n.º 1 del § 86 StGB o los utilice públicamente, en una reunión o en un contenido difundido por él (§ 11 apartado 3) o,

2) Produzca, almacene, importe o exporte un contenido que represente uno de esos signos o lo abarque para su distribución o uso en Alemania o en el extranjero de la manera especificada en el número 1 anterior.

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

3º. Rige el § 86 apartados 3º y 4º en lo que corresponda»⁽¹⁰⁾.

Así pues, sanciona 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.

Esta norma fue creada en 1960⁽¹¹⁾, con la finalidad de luchar contra la propaganda de extrema derecha que se estaba extendiendo en Alemania⁽¹²⁾. Sin embargo, el delito no se ciñe a estas señas.

(10) De acuerdo con esta disposición se excluye el delito cuando la conducta sirva para fines históricos, culturales o artísticos y se permite al tribunal prescindir de la pena si la culpabilidad es escasa.

(11) Ley de 30 de junio de 1960 (Sechstes Strafrechtsänderungsgesetz).

(12) ENDERS/LANGE (2006: 105); POSCHER (2005: 1316); STEGBAUER (2002: 182), y, (2007: 173); y, TRIPS-HEBERT (2014: 7).

Dos partidos han sido declarados inconstitucionales, en 1952 el Partido Socialista del Tercer Reich⁽¹³⁾ (SRP) y en 1956 el Partido Comunista de Alemania (KPD)⁽¹⁴⁾.

Por otra parte, la Ley de asociaciones⁽¹⁵⁾ atribuye al Gobierno la función de prohibir aquellas asociaciones y su simbología que sean contrarias al Art. 9.2 de la Ley Fundamental⁽¹⁶⁾ (Constitución alemana), que veta las que se oponen a las leyes penales o se dirigen contra el orden constitucional o la idea del entendimiento entre los pueblos.

Entre los signos prohibidos se encuentran principalmente los nacionalsocialistas⁽¹⁷⁾, pero también los de otras asociaciones de extrema derecha⁽¹⁸⁾, antiguos símbolos comunistas⁽¹⁹⁾, y más recientemente los del Estado Islámico⁽²⁰⁾.

Por lo tanto, el § 86 a StGB no comprende únicamente los distintivos nazis. Según ha declarado el Tribunal Constitucional Federal, ese contenido genérico viene impuesto por la Ley fundamental. Por una parte, el Art. 5.2 dispone que la libertad de expresión solo se puede limitar mediante una ley general (o de la legislación que tutela la juventud, o para proteger el honor), es decir, una ley que protege un bien jurídico objetivo, sin dirigirse contra determinadas ideologías, creencias, o actitudes⁽²¹⁾. Por otra parte, el Art. 3.3 prohíbe la discriminación por razón de la ideología política. Por consiguiente, penalizar solo el uso de los elementos nacionalsocialistas y no los de otras dictaduras sería contrario a estos preceptos constitucionales.

Esto explica que el § 86 a StGB sancione la utilización de signos de cualquier partido u organización inconstitucional o prohibido, apartándose así

-
- (13) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 23 de octubre de 1952. (Disponible en: <https://openjur.de/u/360815.html>).
- (14) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17 de agosto de 1956. (Disponible en: <https://openjur.de/u/335396.html>).
- (15) Ley de 5 de agosto de 1964 (Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts).
- (16) Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Grundgesetz für des Bundesrepublik Deutschland), de 23 de mayo de 1949, modificada por Ley de 29 de septiembre de 2020.
- (17) GÜNTGE (2009: 769); SCHWARZ-FRIESEL (2013: 143 y 144); y, STERNBERG-LIEBEN (2019: 1355).
- (18) Pueden consultarse en, BUNDESAMT FÜR VERFASSUNGSSCHUTZ (2018: 19 y ss.).
- (19) Están prohibidos los símbolos del antiguo Partido Comunista de Alemania (DKP), aunque no la hoz y el martillo. TRIPS-HEBERT (2014: 12).
- (20) Entre ellos, Kurdistan-Komitee e.V., Verband der islamischen Vereine, Gemeinde e.V., Al-Aqsa e.V., y Hizb ut-Tahrir. TRIPS-HEBERT (2014: 9 y ss.).
- (21) «ECLI:DE:BVerfG:2009:rs20091104.1bvr215008». Comentan la jurisprudencia sobre este precepto, LUDWINGS/ZENTGRAF/AXMANN (2020: 9).

de su *ratio legis* inicial y también, como se verá, del fundamento que le ha atribuido el Tribunal Constitucional Federal.

2.1.2. *Postura del Tribunal Constitucional Federal*

El Tribunal Constitucional avaló el § 86 a StGB, por primera vez, en la sentencia de 1 de junio de 2006⁽²²⁾. Confirmó la adecuación de la condena impuesta en virtud del apartado 2⁽²³⁾, porque el solicitante durante una manifestación proclamó la consigna «Gloria y honor de las Waffen-SS», que los órganos judiciales consideraron semejante a la de las SS, «Nuestro honor es lealtad».

Pues bien, el Tribunal señala que el § 86 a StGB tiene como finalidad evitar tanto la resurrección simbólica de determinadas organizaciones, como de sus objetivos. No obstante, califica esta figura como un delito de peligro abstracto, que sanciona el riesgo que supone la apariencia externa de usar un signo. Además, afirma que es indiferente que el autor lo utilice con el propósito de apoyar a la organización que representa. Concluye que esta disposición prohíbe tales elementos en la vida política en la República Federal de Alemania y crea así un «tabú comunicativo».

Posteriormente, en la sentencia de 18 de mayo de 2009⁽²⁴⁾ recogió esos mismos fundamentos. En este caso refrendó la pena aplicada al demandante por portar una camiseta con una frase similar a un fragmento de la canción de Horst Wessel.

Pero en esta ocasión afirma expresamente que el objeto de protección del § 86 a StGB es la prevención del citado resurgimiento simbólico.

Además, añade que 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.

Por consiguiente, el § 86 a StGB castiga el simple hecho de exhibir en público, en una reunión, o en las redes sociales, un signo prohibido, con el objetivo de impedir que «resurjan» ciertas organizaciones a través de sus distintivos. En definitiva, busca eliminar de la sociedad alemana todo símbolo

(22) «ECLI:DE:BVerfG:2006:rk20060601.1bvr015003».

(23) Este apartado fue introducido por la Ley de 28 de octubre de 1994, para poder condenar a los grupos neonazis que utilizaban signos semejantes a los originales. HORSCH (2008: 100).

(24) «ECLI:DE:BVerfG:2009:rk20090518.2bvr220208».

que asocie al Estado actual con el gobierno de Hitler. De ahí que resulte irrelevante el fin con el que se utiliza, castigándose incluso si se emplea para tratar a otra persona en tono despectivo, tachándola de nazi.

2.1.3. *Refrendo del TEDH*

La Corte europea respaldó el § 86 a StGB en el caso *Hans Burkhard Nix v. Germany*, de 13 de marzo de 2018⁽²⁵⁾. El solicitante publicó en su blog de internet una imagen de Himmler con una esvástica, con el fin de criticar a la oficina de empleo por discriminar a su hija, de origen inmigrante, equiparando la política educativa actual a la del Tercer Reich.

Establece que los Estados que han experimentado los horrores nazis tienen una responsabilidad moral especial para distanciarse de esas atrocidades. A su juicio, la opción del legislador de sancionar penalmente el uso de los símbolos nazis, impedir su reactivación en la vida política alemana, y mantener la paz política, teniendo en cuenta la percepción de los observadores extranjeros, es una forma de oponerse a esa barbarie.

Destaca que el hecho de emplearlos con una intención crítica no basta para eximir de responsabilidad penal, de acuerdo con el propósito de prohibirlos por completo en la vida política alemana.

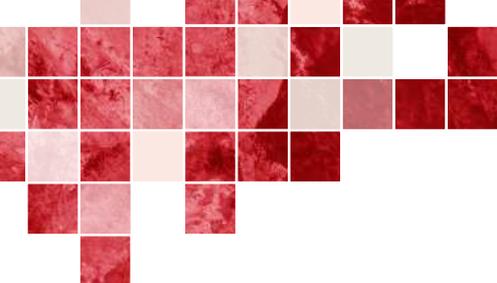
Así pues, el TEDH señala expresamente como objeto de prohibición los símbolos nazis y concibe el § 86 a StGB como un medio para eliminar estos elementos de la sociedad actual y de mostrar su rechazo a dicho régimen, ofreciendo la imagen de un gobierno europeo democrático, que le permita preservar su reputación frente al exterior.

2.1.4. *La improcedencia de tomar como modelo el § 86 a StGB en nuestra legislación*

A mi juicio, el análisis del § 86 a StGB conduce a una valoración negativa de las propuestas planteadas en nuestro país de penalizar la exhibición de símbolos fascistas.

La norma alemana prohíbe el uso de signos de cualquier grupo inconstitucional o prohibido y no solo de los nacionalsocialistas, aunque en realidad se creó para impedir estos distintivos.

(25) «ECLI:CE:ECHR:2018:0313DEC003528516».



En esta obra colectiva se analiza el fenómeno de los delitos de odio desde diferentes ciencias penales. El libro se estructura en tres partes. En la primera se realiza una revisión dogmática y jurisprudencial de los distintos tipos penales. Se afrontan los difíciles problemas de definición y sus consecuencias para la interpretación de esta forma de criminalidad, poniendo especial atención en ciertos casos especialmente relevantes. En la segunda parte se examinan las actuales tendencias en política criminal, así como las últimas propuestas de reforma legislativa con las que se pretenden castigar nuevas manifestaciones del odio. Finalmente, el último bloque aborda los delitos de odio desde una perspectiva criminológica, para lo que se adopta una orientación más empírica, recurriendo así a metodologías de investigación cualitativas y cuantitativas.

En esta monografía participan 12 profesores universitarios de nueve universidades, todos ellos acreditados expertos en sus respectivas áreas de especialidad; todos ellos son voces autorizadas en la materia que acumulan una dilatada experiencia en el estudio de esta forma de criminalidad. El Director de la obra es Marco Teijón Alcalá, profesor de Derecho penal y Criminología de la UNED y forma parte de los Equipos Docentes de Derecho penal (Parte especial) y Criminología.

