



Universidad  
de Alcalá

**EL DISCURSO DEL ODIO Y SU DIFUSIÓN A  
TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS  
(THE HATE SPEECH AND ITS DIFFUSION  
THROUGH NEWS TECHNOLOGIES)**

**Máster Universitario en  
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

DOÑA LAURA TARANCÓN MAESTRE.

Dirigido por:

DRA. PROF. TITULAR DOÑA RAQUEL ROSO CAÑADILLAS.

Alcalá de Henares, a 06 de enero de 2019.

## **ABREVIATURAS:**

- AN:** Audiencia Nacional
- CE:** Constitución Española
- CEDH:** Convenio Europeo De Derechos Humanos
- CP:** Código Penal
- LGTB:** Colectivo que encuadra a Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales.
- LECRIM-** Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LOPJ-** Ley Organica del Poder Judicial.
- LSN-** Ley Seguridad Nacional.
- RECPC-** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
- SAN-** Sentencia de la Audiencia Nacional.
- SAP-** Sentencia de la Audiencia Provincial
- STEDH-** Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- SJP-** Sentencia del Juzgado de lo Penal
- SJI-** Sentencia del Juzgado de Instrucción.
- STC-** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STJUE-** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TC-** Tribunal Constitucional
- TEDH-** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TFUE-** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- TI-** Tecnologías de la Información
- TJUE-** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TS-** Tribunal Supremo.

## **RESUMEN:**

A través del presente trabajo se abordará el discurso de odio como límite al ejercicio de libertad de expresión, exponiendo cuales son los principales grupos que más se ven afectados por la difusión de discursos y mensajes de contenido discriminatorio, produciéndose su comisión con más asiduidad debido al ejercicio fraudulento de las nuevas tecnologías, que si bien las misma se han convertido en vías garantizadoras de algunos derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la libertad ideológica, también su uso abusivo acarreado la lesión de otros derechos fundamentales ,como la igualdad y la dignidad humana, de ahí que haya nacido la imperiosa necesidad de habilitar herramientas jurídicas y extrajurídicas que se adecuen a esta nueva modalidad delictiva dentro del marco internacional y dentro del marco español, de las cuales se hablarán en el presente trabajos y si su adopción ha conseguido frenar y sancionar la ejecución de este tipo de conductas.

## **ABSTRACT:**

In the present work will be explained the hate speech as limit to the exercise the freedom of expresion, exposing the differents groups that more suffer for the diffusion the messsage with discriminatory content, fostering its commission through the use of news technollogies, whose abusive excercise has produced the violation of others fundamental rights such the human dignity and human equality, this situation has caused that the countries enable legal and extralegal measures for combat the fraudelent use the news technologies.

# INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPITULO PRIMERO- DISCURSO DE ODIO</b> .....	3
<b>1.1-EL DISCURSO DEL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA.</b> ....	3
1.1.1 El discurso del odio por motivos étnicos y raciales.....	7
1.1.2 El discurso del odio por motivos vinculados a la condición sexual.....	10
1.1.3 El discurso de odio por cuestiones religiosas.....	13
1.1.4 El discurso de odio por otras cuestiones. ....	16
<b>1.2 EL DISCURSO DEL ODIO EN ESPAÑA.</b> .....	17
1.2.1 Los delitos de odio antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2015. ....	20
1.2.2. El artículo 510 después de la reforma de la Ley 1/2015. ....	22
<b>CAPITULO SEGUNDO EL DISCURSO DEL ODIO A TRAVÉS DE INTERNET</b> .....	32
<b>2.1.- PROBLEMAS JURISDICCIONALES DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS Y CONCEPTO DE CIBERODIO</b> .....	32
<b>2.2.-INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN.</b> .....	36
2.2.1 Convenio sobre Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001.....	37
2.2.2 Otros instrumentos jurídicos internacionales .....	38
2.2.3 Instrumentos jurídicos españoles. ....	40
<b>2.3 INSTRUMENTOS EXTRAJURÍDICOS DE PROTECCIÓN</b> .....	41
2.3.1 Código de Conducta europeo para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet. ....	42
<b>2.4 JURISPRUDENCIA DE LOS DISCURSOS DEL ODIO EN LAS REDES SOCIALES.</b> .....	44
2.4.1 La Sentencia de Tribunal Supremo 72/2018 de 9 de febrero.....	45
2.4.2 Análisis crítico de la Sentencia. ....	47
<b>CAPÍTULO TRES-CONCLUSIONES</b> .....	49

# INTRODUCCIÓN

Dentro del marco internacional, la libertad de expresión se encuentra reconocida en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 19 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos. Así mismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el fin de complementar la referenciada normativa a través de su jurisprudencia, ha establecido que la libertad de expresión es un pilar esencial para el sostenimiento de una sociedad democrática, ya que su ejercicio no sólo ampara las ideas que puedan calificarse como aceptables o inofensivas, también se protegen aquellas que pueden ser rechazadas por la sociedad.

Esto nos hace ver la importancia que tiene la libertad de expresión en el ámbito internacional, ya que su ejercicio también abarca el reconocimiento de otros derechos, es por ello que en la mayoría de los países democráticos se encuentra regulada dentro de los textos jurídicos con mayor rango legal, como es en el caso de España, donde la libertad de expresión viene reconocida en el artículo 20 del Título I denominado “*de los derechos y deberes fundamentales*” de la Constitución Española ( en adelante CE).

No obstante, no podemos incurrir en el error de pensar que su ejercicio es ilimitado, ya que dicha afirmación podría poner en riesgo la sostenibilidad del resto de derechos también consagrados en los textos internacionales. Por esa misma razón el apartado segundo del artículo 10 del CEDH regula los límites a los que va a estar sujeto el ejercicio de este derecho, entre los que se encuentra “*la protección de los derechos ajenos*”, como es el derecho a la dignidad humana. Para garantizar su ejercicio, el artículo 14 del CEDH establece el derecho a no ser discriminado por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social. Por lo tanto, el derecho a la libertad de expresión estará sujeto a restricciones cuando su ejercicio pueda derivar en la difusión de mensajes cuyos contenidos desprende términos peyorativos o vejatorios contra un determinado sector de la población, que por determinadas circunstancias históricas se han encontrado expuestos a la marginación o exclusión social. Esta modalidad abusiva recibe la denominación de “discurso del odio” y su ejercicio ha tenido enormes consecuencias en nuestra sociedad, tomando como referencia el lamentable

episodio de genocidio étnico, político y religioso contra el pueblo judío ocurrido durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial.

A pesar de que han transcurrido más de cincuenta años desde que se puso fin a este desagradable incidente, sigue estando muy presente en la actualidad por parte de los Estados Comunitarios y de los Estados Extracomunitarios, los cuáles a través de sus normativas internas han habilitado medidas para proporcionar protección y garantizar una igualdad equitativa entre todos sus ciudadanos, reforzando el marco de control en el ejercicio de la libertad de expresión para evitar que se haga un uso abusivo de la misma.

Sin embargo, a pesar de la toma de conciencia por parte de los Estados Miembros y de los Estados Extracomunitarios. La sociedad se encuentra en un constante desarrollo tecnológico, lo que ha impulsado la creación de nuevos canales de comunicación (Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat), reforzando el ejercicio de algunos derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la libertad ideológica, y dando lugar también a la aparición de nuevas formas delictivas.

Esta situación ha provocado que algunos Estados hayan tenido que adecuar su normativa para penalizar estas nuevas modalidades delictivas, como es el caso de España, el cual ha tenido que modificar las medidas anteriormente recogidas en su ordenamiento jurídico y adaptarlas, sobre todo en lo que respecta a los delitos del odio, ya que la comisión de este hecho delictivo cada vez se da con más asiduidad a través del empleo de las denominadas redes sociales. Por lo que, a través del presente trabajo se analizará si las medidas adoptadas por los Estados Miembros, y en concreto por el Estado español, han conseguido frenar la comisión delictiva de los delitos de odio por Internet o, en caso contrario, cuáles son los problemas que se derivan a través de estas y que soluciones se pueden plantear para subsanar los posibles errores.

# CAPITULO PRIMERO- DISCURSO DE ODIO

## 1.1-EL DISCURSO DEL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Como bien se mencionó anteriormente, el ejercicio de la libertad de expresión no es ilimitado, así lo ha constatado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), a través de su jurisprudencia;

*“La tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”<sup>1</sup>.*

Esto nos lleva a la idea de que no se podrá encuadrar, dentro de la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión, todas aquellas manifestaciones que promuevan o inciten al odio contra un determinado grupo que haya sido históricamente discriminado por motivos de género, orientación sexual, etnia, religión o cualquier otra circunstancia personal o social, y que al mismo tiempo constituyan un sector minoritario en la sociedad, dando lugar a los denominados discursos del odio (*hate speech*).

La definición sobre los discursos del odio se ha sustanciado como un tema bastante controvertido, al existir discrepancias entre las diferentes normativas de los Estados Miembros acerca de los comportamientos y grupos que se encuadrarían dentro de este término. Ante dicha situación, se han habilitado instrumentos jurídicos como La Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, aprobada el 30 de octubre de 1997, a través de la cual se promovió un concepto global con el propósito de dirimir las discrepancias que se suscitaban entre los diferentes Estados Miembros;

---

<sup>1</sup> STEDH Caso Féret contra Bélgica de 16 de Julio de 2009.

*“El discurso de odio abarca toda clase de expresión que difunde, incita, promueve o justifica el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia incluida la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra minorías, migrantes y personas de origen inmigrante”<sup>2</sup>.*

Con el transcurso de los años, esta definición fue actualizada a través de la Recomendación de Política general número 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), ampliando el margen de protección a otros grupos que por determinadas circunstancias históricas también habían sufrido discriminación

*“A efectos de la presente Recomendación General, el discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”<sup>3</sup>.*

No obstante, las discrepancias concernientes sobre esta materia no han disminuido, sobre todo en lo que respecta a la resolución de conflictos, ya que la línea que separa el ejercicio legítimo de la libertad de expresión con el discurso del odio es demasiado fina, por esa misma razón dentro de los mismo textos internacionales se recogen los límites que hay que tener en cuenta para determinar cuando estamos ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión y cuando se ha hecho un ejercicio abusivo, estructurándose en dos los mecanismo de limitación:

---

<sup>2</sup> La Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de los delitos de odio, aprobada el 30 de octubre de 1997.

<sup>3</sup> La Recomendación de política general número 15 sobre líneas de actuación para acabar combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Consejo de Europa, aprobada el 8 de diciembre de 2015.



1. En el artículo 10 del CEDH, como se mencionó en el apartado inicial, se reconoce, dentro del ejercicio de la libertad de expresión, el derecho a poder recibir y difundir cualquier tipo de idea u opinión. Sin embargo, esto no implica que su ejercicio este exento de restricciones, sobre todo cuando puede acarrear la lesión de otros derechos fundamentales, como en nuestro caso el derecho a no ser discriminado. Es por ello, por lo que el TEDH, cuando se presentan este tipo de situaciones, procede aplicar el artículo 17, del mencionado texto legal, con el propósito de rechazar desde el primer momento, sin ni siquiera entrar en el fondo del asunto, todo abuso que pueda poner en riesgo el sistema de derechos y libertades reconocidos en el CEDH.

No obstante, la aplicación de este precepto se ve reducido solo en situaciones de incitación extrema al odio por motivos religiosos u xenófobos, sobre todo cuando se tratan de temas relacionados con el Holocausto. Un ejemplo de esto último fue *el caso Pavel Ivanov contra Rusia*, el TEDH inadmitió la demanda interpuesta por Don Pavel Petrovich Ivanov, propietario y editor del periódico “the *Russkoye Veche*”, a quién se le había condenado por incitación pública al odio étnico, racial y religioso mediante el uso de los medios de comunicación, autorizando y publicando una serie de artículos, en los cuales se representaba a la comunidad judía como un problema para el Estado ruso, solicitando a su vez a que se procediera a su exclusión de la vida social y negando el derecho a la dignidad nacional a los judíos, afirmando que no son una nación, amparando sus argumentos en el derecho a la libertad de expresión. El TEDH calificó que los comentarios vertidos incitaban al odio hacía el pueblo judío, considerándolos como un ataque generalizado hacía un grupo étnico, los cuales podían poner en peligro la paz social y el derecho a la no discriminación, procediendo aplicar lo recogido en el artículo 17 del CEDH<sup>4</sup>.

Por lo tanto, la aplicación del referenciado precepto, en los supuestos de discursos del odio, se limitarán cuando exista un riesgo inminente que pueda poner en peligro la convivencia y la paz social de los Estados Miembros y cuando se dirijan

---

<sup>4</sup> STEDH Caso Pavel Ivanov contra Rusia de 20 de febrero de 2007.

a un grupo específico de la población, en concreto por motivos religiosos o xenófobos.

2. Para el resto de sucesos, el TEDH aplica lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 del CEDH, “ *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”. No obstante, antes de proceder a su aplicación, el Tribunal garantiza a los Estados Miembros “un margen de apreciación”<sup>5</sup>, concediéndoles la capacidad para interferir en el ejercicio de la libertad de expresión cuando prevean causas que hagan necesarias su intervención

Sin embargo, dicha potestad no es ilimitada, dando lugar a su errónea apreciación a una supervisión por parte del TEDH, interviniendo subsidiariamente para determinar a través de la aplicación del principio de ponderación, si las medidas adoptadas por los Estados Miembros son correctas o no.

En referencia a lo expuesto, podemos constatar que las medidas recogidas en los textos internacionales son poco efectivas, ya que su aplicación se sustenta en criterios variables, como por ejemplo el contexto social en el que se desarrolla el supuesto de hecho más que la gravedad del discurso vertido. Lo que ha provocado que la línea jurisprudencial del TEDH sea variada, produciendo diversas soluciones.

Por lo que, habrá que examinar los diferentes posicionamientos adoptados por el TEDH sobre esta materia, tomando como referencia el colectivo contra el que se dirigen los ataques, ya que como se vio inicialmente, el discurso del odio no sólo abarca la discriminación por motivos étnicos, de raza y religiosos, también se puede suscitar por

---

<sup>5</sup> STEDH Soulas y otros contra Francia, de 10 de Julio de 2008.

cuestiones ideológicas, identidad de género, orientación sexual, etc. Por esta misma razón, tendremos que ver, en función del colectivo del que se trate, cuáles son las soluciones adoptadas por el TEDH, y a tenor de esto último cuales son los principales problemas que nos encontramos en la actualidad concernientes a esta materia.

### **1.1.1 El discurso del odio por motivos étnicos y raciales.**

El Consejo de la Unión Europea acuñó el término “racismo”, para englobar, con carácter general, todas las conductas discriminatorias que se promueven contra un determinado colectivo por motivos étnicos y raciales, encuadrándose dentro de dicho concepto “la creencia de que, por motivos de la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad, el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas<sup>6</sup>”. También, se contemplan otros términos más específicos para hacer referencia a la discriminación que sufre dentro de este colectivo un determinado grupo por su pertenencia específica a una determinada etnia o raza, como por ejemplo los judíos y los gitanos, designándose los siguientes conceptos “antisemitismo” y “anti-gitanismo”.

No obstante, esta materia no es sólo competencia de la Unión Europea también los Estados Miembros juegan un importante papel a nivel interno, por esta misma razón la Unión Europea habilitó **la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de noviembre**, con el propósito de exigir a los Estados Miembros, la adopción de medidas internas que sancionen penalmente aquellas conductas que se realicen dentro de su territorio y que se basen en la incitación pública a la violencia o el odio hacia un determinado grupo, tomando de referencia su raza, color, ascendencia u origen étnico o nacional, al igual, que se deberá penalizar a los Estados que pasen por alto la negación de los delitos de genocidio y delitos de lesa humanidad<sup>7</sup>.

A parte de la existencia de actos legislativos, como hemos visto anteriormente con la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de noviembre de 2008. También el TEDH, a través de su jurisprudencia, aportado soluciones acerca de los conflictos que se

---

<sup>6</sup> La Recomendación de política general número 15 sobre líneas de actuación para acabar combatir el discurso del odio de la Comisión europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Consejo de Europa, aprobada el 8 de diciembre de 2015.

<sup>7</sup> Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

han suscitado en torno a los comportamientos discriminatorios por motivos étnicos y raciales en los Estados Miembros, reflejando los tipos comportamientos que se encuadrarían dentro de la incitación al odio, y los medios que se emplean con más frecuencia para propagar este tipo de conductas. Por lo tanto, habrá que analizar las posturas adoptadas por el TEDH en los diferentes casos que se manifieste este tipo de incidentes.

La línea jurisprudencial del TEDH se centra mayoritariamente en el empleo de los discursos políticos como medios para fomentar el racismo y la xenofobia en la sociedad, un ejemplo actual de esto último lo podemos ver con el partido político de extrema derecha húngaro liderado por Viktor Orban<sup>8</sup>, quién ha destacado en los medios de comunicación por sus polémicos discursos contrarios a la inmigración, calificando la llegada de inmigrantes al territorio europeo como un serio peligro para la cultura occidental y cristiana.

Con respecto a esta cuestión, El TEDH se ha mostrado aparentemente receptivo con limitar aquellos discursos políticos que puedan incitar comportamientos racistas y xenófobos. Un ejemplo de esto último lo podemos ver con el ya referenciado *caso Feret contra Bélgica*<sup>9</sup>. El TEDH dictaminó que en toda sociedad democrática debe existir el libre juego del debate político. No obstante, esto no puede acarrear una lesión hacia los valores y principios democráticos, teniendo por tanto los Estados Miembros la potestad, a través de su normativa interna, de limitar su ejercicio cuando concurran razones imperiosas, como las contempladas en el apartado 2 del artículo 10 del CEDH. Tomando principalmente como referencia el contexto social en el que se produce el supuesto de hecho.

A través del caso *Feret contra Bélgica*, podemos sacar las siguientes conclusiones sobre la postura adoptada por el TEDH, concerniente al empleo del discurso político como mecanismo de incitación al odio étnico y racial.

1. Le compete a los Estados Miembros, en primera instancia, determinar, a través de su normativa interna, qué conductas pueden encuadrarse dentro de la

---

<sup>8</sup> “Quién es Viktor Orbán, el ultranacionalista primer ministro de Hungría que cree que Europa está siendo invadida por los inmigrantes”, BBC Mundo, 9 de abril de 2018, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43692771> (consultado 24 de noviembre de 2018).

<sup>9</sup> STEDH Caso Feret contra Bélgica, de 16 de Julio de 2009.

legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión y cuáles pueden ser consideradas como discriminatorias. Dicha potestad encuentra su motivación en la obligación que tienen los Estados de proporcionar a todos los que se hallen dentro de su jurisdicción, incluyendo a los particulares de otras razas y etnias, los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Internacional, como el derecho a que “*nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Dando lugar la vulneración del mencionado derecho, a la obligación, por parte de las autoridades nacionales, de llevar a cabo una investigación oficial efectiva<sup>10</sup>. No obstante, dicha facultad no es ilimitada, pudiendo ser revisada subsidiariamente por el TEDH, cuando se hayan limitado o vulnerado derechos de carácter fundamental.

2. El criterio de referencia que emplea el TEDH para determinar si la injerencia por parte de los Estados Miembros ha sido proporcional al daño que se ha pretendido evitar, concerniente en esta materia, no es tanto el esclarecimiento de si habido incitación o no, sino el contexto social en el que se sustancia el supuesto de hecho, evaluando el impacto que puede tener el mensaje. En este caso el discurso político, y los efectos que se pueden derivar del mismo, sustentando su razonamiento más en un juicio de peligrosidad sobre los bienes jurídicos del colectivo susceptible de sufrir discriminación que en una prohibición de contenidos concretos.

Por lo tanto, podemos comprobar, que la jurisprudencia del TEDH prevé un control sobre la legitimidad de la libertad de expresión en los discursos políticos pudiendo restringir y sancionar penalmente al emisor cuando a través del mismo pretenda fomentar el odio hacia un determinado grupo por razones étnicas y raciales. Para ello, el TEDH tendrá que evaluar a través de las circunstancias que concurran en el supuesto de hecho, si estamos ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión o ante un comportamiento sancionable.

El principal problema de este criterio se sustenta en que las decisiones que adopte el TEDH sobre esta materia se basan en criterios variables, como por ejemplo el contexto social en el que transcurre el supuesto de hecho, lo que significa que la solución acordada

---

<sup>10</sup> STEDH Caso Balázs contra Hungría de 20 de octubre de 2015.

por el tribunal en un caso concreto no se podrá aplicar directamente en el resto de supuestos, lo que a su vez provoca inseguridad jurídica al no existir parámetros fijos que determinen taxativamente que ideas u opiniones se encuadrarían dentro del discurso del odio por motivos étnicos y raciales, dejando dicha decisión al arbitrio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### **1.1.2 El discurso del odio por motivos vinculados a la condición sexual.**

En fecha de 24 de mayo de 2012, el Parlamento de la Unión Europea dictó resolución, definiendo el término “homofobia” como “el miedo irracional y la aversión a la homosexualidad masculina y femenina, que se basa en prejuicios y es comparable al racismo, la xenofobia, el antisemitismo y el sexismo, y que se manifiesta en las esferas pública y privada de diferentes formas, tales como la incitación al odio y a la discriminación, la ridiculización y la violencia verbal, psicológica y física, así como la persecución y el asesinato, la discriminación en violación del principio de igualdad y limitaciones injustificadas e irrazonables de derechos, ocultas a menudo tras justificaciones de orden público, de libertad religiosa y del derecho a la objeción de conciencia”<sup>11</sup>. Así mismo, también dentro de la referenciada resolución se insta a los Estados Miembros a que a proporcionen protección al colectivo compuesto por Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (en adelante LGBT), con el fin de evitar que se sigan propagando actos de desigualdad hacía un determinado sector de la población.

Actualmente, la mayoría de los Estados Miembros han introducido mecanismos de protección, a través de su normativa interna, con el propósito de garantizar un marco de igualdad plena en todas las esferas sociales, sin que se le dé importancia a la preferencia o identidad sexual, como por ejemplo en el aspecto matrimonial. Siendo cada vez más los Estados Miembros que cuentan con normas que sancionan penalmente los comportamientos que inciten al odio hacia este sector de la población. No obstante, como se mencionó al principio del apartado de los discursos del odio, las resoluciones adoptadas por los Estados Miembros van a estar supervisadas por el TEDH, teniendo la facultad de decidir en última instancia si las decisiones adoptadas por los Tribunales de los Estados Miembros son correctas o no.

---

<sup>11</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657(RSP)).

Las soluciones aportadas por el TEDH concernientes sobre esta materia, reflejan un sistema de garantía de protección más amplio hacia este colectivo, llegando a sancionar cualquier tipo de comportamiento que pueda considerarse como ofensivo hacia este grupo sin necesidad de que medie violencia alguna. Un ejemplo claro de esto último se puede ver a través del *caso Vejdeland y otros contra Suecia*<sup>12</sup>: cuatro ciudadanos suecos fueron condenados por los Tribunales suecos debido a la distribución de panfletos en una escuela secundaria superior, cuyo contenido afirmaba que la homosexualidad era una orientación sexual desviada y sus efectos provocaban resultados negativos en la sociedad, señalándolos indirectamente como los principales proveedores del sida. El TEDH ratificó la resolución adoptada por los tribunales suecos, sustentado sus argumentos en que la discriminación basada en la orientación sexual era igual de grave que la discriminación por motivos de raza, color u origen y que el contenido vertido en los panfletos era ofensivo hacía el referenciado colectivo.

Por lo tanto, podemos ver los Estados Miembros han ido introduciendo en sus ordenamientos jurídicos sanciones contra los comportamientos que pueden constituirse como “homóforos”, y como el TEDH subsidiariamente complementa dichas decisiones mediante su jurisprudencia con el fin de evitar que este tipo de comportamientos queden impunes.

Sin embargo, todavía existen algunos Estados Miembros que se muestra reacios en habilitar normas que garanticen protección hacía el colectivo LGBT, sobre todo en lo que respecta a las uniones matrimoniales. Lo que en determinadas ocasiones ha podido provocar la lesión de otros derechos como la libertad de circulación reconocida en el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), limitando así el derecho a poder elegir el lugar de residencia sólo en aquellos Estados en los que sí este reconocido el matrimonio y las uniones entre personas del mismo sexo. Un ejemplo de esto último lo podemos ver con el caso *Corman contra Rumanía*<sup>13</sup>, en junio de 2012. Un ciudadano de nacionalidad rumana solicitó ante el Gobierno rumano una tarjeta de residencia familiar de ciudadano de la Unión para su marido de nacionalidad norteamericana. La petición fue rechazada porque los matrimonios entre personas del mismo sexo no estaban reconocidos en Rumania; debido a los impedimentos manifestados por los órganos gubernativos, el asunto se sustanció ante los tribunales

---

<sup>12</sup>STEDH Caso Vejdeland y otros Contra Suecia, de 9 de febrero de 2012.

<sup>13</sup>STJUE Caso Corman contra Rumanía, de 5 de junio de 2018.

rumanos, los cuales plantearon varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), entre ellas, sobre el concepto de cónyuge recogido en el artículo 2 de la Directiva 2004/38. El TJUE dictaminó que dentro del concepto se reconocían a las personas que se encuentran unidas por un vínculo matrimonial, siendo un término neutro, por lo que Rumanía tenía la obligación de aceptar dentro de dicho concepto las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, aunque actualmente su legislación no prevea este tipo de matrimonios.

A través de este caso, se puede comprobar como la Justicia Comunitaria ha adoptado una importante postura para garantizar los derechos de los matrimonios entre personas del mismo sexo en los Estados que no se encuentran reconocidos legalmente, obligándolos a admitir dichas uniones matrimoniales cuando se han celebrado en otros Estados, Comunitarios y Extracomunitarios, que sí se encuentran reconocidos legalmente. Sin embargo, en lo que respecta a la jurisdicción interna, los Estados Miembros disponen de plena libertad para contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que les compete a los Estados regular a través de su ordenamiento interno, las materias relacionadas con el estado civil y las prestaciones que de él dependen<sup>14</sup>. Lo que conlleva a que exista una desigualdad de derechos entre un sector de la población y otro, en comparación con otros Estados Miembros cuya igualdad es equitativa en lo que respecta a esta materia.

Por lo tanto, podemos ver como con el paso del tiempo la mayoría de los Estados Miembros se han mostrados más tolerantes sobre las relaciones entre personas del mismo sexo, introduciendo en sus ordenamientos jurídicos sanciones penales contra los comportamientos discriminatorios por motivos de orientación e identidad sexual, llegando a reconocer las uniones matrimoniales entre persona del mismo sexo con el propósito de constituir un marco de igualdad de derechos entre los ciudadanos. No obstante, siguen existiendo, dentro de la Unión Europea, Estados Miembros (Bulgaria, Croacia, Hungría, Letonia, lituana, Polonia y Eslovaquia) que todavía no reconocen los matrimonios y uniones entre personas del mismo sexo, lo que puede conllevar, como hemos visto con el *Corman contra Rumanía*, a que existan mayores inconvenientes e impedimentos a la hora de circular y de residir dentro del territorio europeo.

---

<sup>14</sup>STJUE Caso David L. Paris contra Trinity College Dublín y otros, de 24 de noviembre de 2016.



### **1.1.3 El discurso de odio por cuestiones religiosas.**

Los conflictos derivados por cuestiones religiosas han trascendido durante años, llegando incluso a provocar contiendas de enorme magnitud como fue en su día la “Guerra de los Treinta Años”, cuyo detonante principal fue las discrepancias que existían entre los creyentes del catolicismo y el luteranismo. Esto encuentra su explicación en el peso que la religión ha tenido en la sociedad, lo que ha provocado que los Estados la hayan convertido en un arma para encubrir intereses políticos, como ocurrió con el referenciado conflicto bélico cuyo verdadero propósito era lograr un control político sobre el territorio europeo.

Tras el transcurso de los años, las contiendas por discrepancias sobre las diversas culturas y costumbres religiosas han ido disminuyendo a medida que la forma de pensar de la sociedad ha ido cambiando, llegando incluso a coexistir diferentes creencias en un mismo Estado. Por esa misma razón y para evitar que se volviesen a producir los mismos errores acontecidos en el pasado. La Unión Europea decidió recoger y proteger el derecho de la libertad religiosa en los textos internacionales, artículo 9 del CEDH, artículo 18 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos y artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dándole la calificación de derecho fundamental.

A través de su reconocimiento se protege la capacidad para poder transmitir convicciones, creencias, ideas u opiniones, ya sea de forma pública como de manera privada, y el derecho a poder vivir con base en esas convicciones. No obstante, su ejercicio no es ilimitado, dándole la potestad a los Estados de establecer por ley las restricciones a las que estará sujeto su ejercicio.

Por lo que, nos encontramos ante los siguientes problemas; ¿cuándo podremos considerar que el ejercicio de la libertad de expresión puede resultar discriminatorio en lo que respecta a las creencias religiosas? ¿los ataques a las creencias religiosas requieren de una protección jurídica especial?

Si bien es cierto, que el empleo de determinados calificativos vertidos sobre una concreta creencia religiosa puede resultar ofensivos desde la perspectiva de una persona que profesa esa religión, ya que a su vez se cuestiona su forma de interpretar la vida, no podemos incurrir en el error que el mero hecho de emitir cualquier tipo de crítica puede calificarse como un acto contrario a la libertad religiosa. Por lo que, habrá que acudir a

los textos internacionales para identificar que comportamientos pueden constituirse como lesivos.

La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 25 de noviembre de 1981, en el apartado 2 del artículo 2, estableció qué tipo de comportamientos se podrían encuadrar dentro del discurso del odio por motivos religiosos, señalando “la distinción, exclusión restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efectos sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>15</sup>”.

Así mismo, el TEDH ha complementado esta definición a través de su doctrina<sup>16</sup>, constatando que los Estados serán los que ostenten la facultad, a través de su normativa, para determinar qué tipo de comportamientos pueden calificarse como inaceptables para el sostenimiento de la sociedad democrática por lesionar gravemente los sentimientos religiosos de los creyentes, decidiendo en última instancia el TEDH sobre si la medidas aplicadas al caso en cuestión son proporcionales o se pueden considerar excesivas.

Si bien es cierto, que actualmente dentro de un Estado Miembro se pueden asentar diferentes creencias religiosas, esto no ha impedido a que se sigan desarrollando comportamientos de carácter discriminatorios hacía un determinado sector religioso, en concreto hacía aquellos que profesan creencias religiosas como el islam o el judaísmo, llegando a acuñar nuevos términos para referirse a esta concreta modalidad de discriminación dentro de los discursos del odio por motivos religiosos.

- **Islamofobia**- “prejuicio, odio o miedo de la religión del islam o de los musulmanes”<sup>17</sup>. La aplicación de este concepto es cada vez más usual por parte de los medios de comunicación. La principal razón radica en que actualmente la

---

<sup>15</sup> Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en fecha 25 de noviembre de 1981.

<sup>16</sup> STEDH Caso Otto- Preminger Institut Contra Austria de 20 de septiembre de 1994 y STEDH Caso Wingrove Contra Reino Unido de 25 de noviembre de 1996.

<sup>17</sup> La Recomendación de política general número 15 sobre líneas de actuación para acabar de combatir el discurso del odio de la Comisión europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Consejo de Europa, aprobada el 8 de diciembre de 2015.

comunidad musulmana se ha convertido en el objetivo principal de los partidos políticos de extrema derecha, los cuales emplean los discursos políticos como un medio para fomentar el odio, como vimos en el apartado del discurso del odio por razones raciales y étnicas. Sustentando sus argumentos en la oleada de crímenes terroristas yihadistas cometidos en Europa y en otras partes del mundo, considerándolos como una principal amenaza para el sostenimiento de la democracia en Europa.

- **Antisemitismo-** “se refiere al perjuicio, odio o discriminación contra los judíos como grupo étnico o religioso”, por lo tanto, este término abarca la discriminación tanto por razones religiosas como por cuestiones étnicas. La comunidad judía es el ejemplo más significativo de cómo un discurso sustentado en ideas de odio y de rechazo hacía un grupo de personas por pertenecer a una diferente etnia o por profesar una determinada creencia religiosa puede desencadenar uno de los episodios más bochornosos e inhumanos protagonizados por la raza humana, como fue en su día el Holocausto, hecho que tuvo lugar durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial. Si bien es cierto que actualmente el número de incidentes por antisemitismo no es tan alto como lo era hace unos años, siguen suscitándose comportamientos discriminatorios contra la comunidad judía, como el ocurrido el pasado 27 de agosto en Alemania, cuando centenares de ultraderechistas salieron a la calle para protestar por la muerte de un joven alemán asesinado presuntamente por varios refugiados. Durante el trascurso de la protesta, un grupo de enmascarados vestidos de negro arrojaron botellas y piedras contra un restaurante judío, vertiendo al mismo tiempo los siguientes insultos “Cerdo Judío” y “vete de Alemania” contra el dueño del restaurante<sup>18</sup>.

Por lo tanto, a pesar de que la religión ha ido perdiendo importancia como herramienta política en el mundo occidental, ya que actualmente la mayoría de los Estados que conforman la Unión Europea se consideran aconfesionales o laicos, siguen existiendo comportamientos discriminatorios hacía determinadas religiones. Lo que ha conllevado a

---

<sup>18</sup> “Un restaurante judío fue atacado durante protestas xenófobas de Chemnitz, Alemania”, Europa press, 8 de septiembre de 2018, disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-restaurante-judio-fue-atacado-protestas-xenofobas-chemnitz-alemania-20180908173027.html> (Consultado el 24 de Noviembre de 2018).

que se hayan incluido nuevos términos para referirse a la creciente oleada de ataques discriminatorios por motivos religiosos, en concreto, contra aquellos que profesan la religión islámica o judía. Llegando incluso en determinadas ocasiones a sufrir doble discriminación, por motivos étnicos y raciales y por razones religioso. Ante dicha situación la Unión Europea ha tenido que incorporar instrumentos jurídicos para reforzar la protección hacía este sector de la población y disminuir los ataques contra los mismos.

#### **1.1.4 El discurso de odio por otras cuestiones.**

Actualmente la política de la Unión Europea en materia de prevención sobre discurso del odio se centra mayoritariamente en tres grandes grupos: 1º. por cuestiones de raza o etnia, 2º. por cuestiones de orientación e identidad sexual y 3º. por cuestiones religiosas.

No obstante, como vimos a través de la Recomendación de política general número 15 sobre líneas de actuación para acabar de combatir el discurso del odio de la Comisión europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Consejo de Europa, aprobada el 8 de diciembre de 2015, la discriminación también puede derivarse de otros motivos:

1. **POR DISCAPACIDAD-**, en fecha 22 de septiembre de 2004, el Comité de Ministros dictó la Recomendación (2004) 10 relativa a la protección de los derechos humanos y a la dignidad de las personas con trastorno mental, cuyo objetivo era que los Estados Miembros adoptasen mecanismos de seguridad para garantizar la igualdad de trato hacía aquel sector de la población que sufre algún tipo de discapacidad y que debido a dicha condición puede ser discriminado por el resto de la población. Esto mismo lo ha constatado el TEDH a través de su jurisprudencia, definiendo el odio sustentado hacía este colectivo como “el acoso por la percepción de considerarles seres inferiores”<sup>19</sup>, teniendo la obligación los Estados Miembros de proporcionar una respuesta efectiva cuando se tenga conocimiento de la comisión de este hecho delictivo proporcionando todas las medidas de prevención necesarias para evitar que se sigan extendiendo este tipo de actitudes.

---

<sup>19</sup> STEDH Caso Dordevic contra Croacia, Sentencia de 24 de Julio 2012

2. **POR IDEOLOGÍA POLÍTICA**- El odio, en esta tipología, se sustancia por discrepancias concernientes a cuestiones ideológicas, un ejemplo de esto último lo podemos ver con el conflicto políticos que se está desarrollando actualmente en España. La contienda por la independencia catalana de consagrarse como un Estado independiente al Estado español ha provocado varias coyunturas dentro del territorio, originadas principalmente por las discrepancias entre los ciudadanos catalanes que se consideran españoles y los que se manifiestan a favor de la independencia, suscitándose varios altercados motivados por las diferencias ideológicas, como el ocurrido el pasado 28 de agosto en la localidad de Barcelona. Una ciudadana catalana fue agredida por otro ciudadano catalán por retirar lazos amarillos, elemento que representa la lucha de la puesta en libertad de los líderes políticos catalanes por el referéndum ilegal celebrado el 1 de octubre de 2017. Este suceso provocó que la líder actual de Ciudadanos en Cataluña, Ines Arrimadas, denunciara al agresor ante la Fiscalía por un delito de odio<sup>20</sup>. Sobre esta materia la Unión Europea sólo se ha pronunciado en lo referente al conflicto político, mostrando su apoyo a España y como consiguiente rechazando la independencia de Cataluña, sin hacer ningún tipo de alusión a los varios altercados suscitados por cuestiones ideológicas.

## **1.2 EL DISCURSO DEL ODIÓ EN ESPAÑA.**

Como hemos visto anteriormente, es competencia de los Estados adoptar medidas que sancionen los comportamientos que puedan poner en peligro los pilares esenciales de la democracia, como es el caso del Estado español, el cuál a través del apartado 4 del artículo 22 del Código Penal agrava las penas de los delitos comunes cuando se dirijan contras aquellas personas que, por determinadas circunstancias, raza, etnia, orientación sexual, religión, etc., pueden estar más expuestas a la exclusión social.

*“Son circunstancias agravantes; 4ª) cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminacion referente a la ideología, religión o creencias de la víctima,*

---

<sup>20</sup> “El agresor de la mujer que retiraba lazos amarillos niega que actuara por cuestiones políticas”, el País, 27 de agosto de 2018, disponible <https://el-pais.com/ccaa/2018/08/26/catalunya/1535298483.html>, (Consultado el 25 de noviembre de 2018).

*la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.*

A pesar de la importancia que genera su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico español como materia sancionadora para la comisión de los delitos originados por la incitación al odio. La interpretación de este precepto ha suscitado bastante controversia en torno a los elementos que deben concurrir para su aplicación, llegando la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo a la conclusión de que es necesario un aspecto motivacional por parte del autor que acredite su voluntad de cometer el hecho delictivo contra una o varias personas por su pertenencia a un determinado grupo. Lo que ha resultado bastante complejo en la práctica al tratarse de un elemento que se encuadra dentro de la voluntad del sujeto.

Para resolver las dificultades anteriormente referenciadas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictaminó una serie de directrices para indicar qué circunstancias se deben evaluar para determinar el aspecto motivacional del autor:

*“Por ello para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada<sup>21</sup>”.*

No obstante, la aplicación de esta doctrina puede dar lugar a que se dicte una resolución arbitraria por parte del Juez, quién decidirá en última instancia si existen suficientes indicios y pruebas para considerar que la voluntad del autor en la ejecución del hecho delictivo estaba condicionada principalmente por la pertenencia de la víctima a un determinado grupo. Poniendo en duda así la eficacia de que la aplicación del precepto este sustentada en el aspecto motivacional del autor para cometer el delito en vez del desvalor del resultado adicional que suponen el hecho ilícito contra el colectivo que se pretende discriminar.

En definitiva, podemos ver que este artículo actúa como un mecanismo de protección que busca agravar los delitos comunes cuando se dirigen hacia una o varias personas por su pertenencia a un determinado grupo, adecuándose así el precepto a la política de prevención y seguridad internacional sobre la temática de los discursos del odio, vista en los apartados anteriores. No obstante, dentro del Código Penal español también se recoge

---

<sup>21</sup> STS 314/2015 de 4 de mayo.

una modalidad particular que castiga de forma específica la incitación al odio, esta tipología se denomina “delitos de odio”.

Esta modalidad delictiva es bastante peculiar ya que a través de su regulación se protegen varios bienes jurídicos: a) cuando estemos antes conductas de incitación directa e indirecta a la discriminación, se sancionará la puesta en peligro abstracto del derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil discriminatorio, b) en los casos de incitación a la violencia, se sanciona el peligro que representa para la seguridad del grupo la incitación a la práctica de los actos violentos discriminatorios, al tiempo que se protege el derecho a la igualdad de ese colectivo<sup>22</sup>.

Se trata de un delito común que puede ser cometido por cualquier persona, sin embargo, el sujeto pasivo sólo puede ser una determinada persona o personas que, debido a su pertenencia a un determinado grupo, por diferentes motivos (raza, etnia, origen nacional, etc.), están expuestos a sufrir rechazo o exclusión social. Antes de la entrada en vigor de la ley 1/2015, el primer apartado del artículo 510 sólo contemplaba como sujeto pasivo los grupos y asociaciones, tras la entrada en vigor de la referenciada ley, el marco de protección se amplió también para las personas de forma particular que por su pertenencia a un determinado grupo pueden sufrir discriminación. Así mismo, también se introdujeron nuevos móviles discriminatorios basados en “razones de género”<sup>23</sup> e “identidad sexual”<sup>24</sup>, ampliando la punibilidad de este delito.

Sólo cabe el dolo directo en esta tipología delictiva, ya que como se mencionó anteriormente, la voluntad del sujeto activo se centra en la acción de discriminar<sup>25</sup> a una o a varias personas por su pertenencia a un determinado grupo. Siendo imprescindible en esta figura delictiva la búsqueda de este resultado y no su posible comisión, excluyendo por tanto la figura del dolo eventual. Así lo ha reafirmado el Tribunal Supremo a través de su doctrina como veremos en el apartado siguiente.

La conducta típica de esta modalidad delictiva ha experimentado un cambio notorio tras la entrada en vigor de la Ley 1/2015, ya que se procedió a modificar totalmente el contenido del artículo 510, con el propósito de cumplir los compromisos internacionales, en concreto la ya mencionada Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de

---

<sup>22</sup>Portilla Contreras et al., Tratado, IV., 2016. p.381.

<sup>23</sup> Ibidem, p.399.

<sup>24</sup> Ibidem, p.399.

<sup>25</sup> Bernal del Castillo, La discriminación, 1998, p.37.

noviembre que obligaba a los Estados adoptar medidas que sancionasen principalmente aquellos comportamientos que pudieran acarrear una incitación pública al odio o a la violencia dirigidos contra un grupo específico por cuestiones de raza , religión , origen nacional,..etc.<sup>26</sup>. No obstante, antes de entrar a valorar el nuevo contenido, es conveniente examinar como estaba anteriormente redactado el precepto antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2015 para observar las diferencias y similitudes que existían y constatar si actualmente la nueva redacción se adecua a lo recogido en la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de noviembre.

### **1.2.1 Los delitos de odio antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2015.**

Antes de la reforma del Código Penal, el apartado primero del artículo 510 sólo contemplaba una conducta típica dentro de los delitos de odio;

*“Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”.*

Esta redacción resultaba bastante controvertida en lo referente a la aplicación del término provocación, el cuál debía interpretarse, según la doctrina del Tribunal<sup>27</sup>, en virtud de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 18 del mencionado cuerpo legal;

*“La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiofusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”.*

Lo que conllevaba a que sólo se contemplase la provocación de forma directa, siendo sólo sancionable aquellas conductas que fomentaban la discriminación de forma directa y que a su vez implicaban la comisión de actos delictivos contra un sector de la población por determinadas circunstancias, a las cuales ya se ha hecho referencia en los apartados anteriores, dando lugar a un margen de aplicación bastante reducido, dejando exento

---

<sup>26</sup> Artículo 1 a) la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de noviembre

<sup>27</sup> SAN 107/2014, de 7 de marzo.



aquellos comportamientos que sin manifestarlo de forma expresa pretendía la exclusión de un determinado grupo en la población<sup>28</sup>.

Los problemas interpretativos llegaron hasta el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia de 7 de noviembre de 2007. El Tribunal dictó resolución sobre la distribución y difusión de ventas de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, publicaciones, carta y carteles en los que de forma reiterada y de manera vejatoria se negaba la persecución y el genocidio de la comunidad judía, durante la Segunda Guerra Mundial<sup>29</sup>. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional se centró sobre los siguientes aspectos:

- a) Sobre la anterior regulación del párrafo segundo del artículo 607 del Código Penal, en el cual se sancionaba la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que negasen o justificasen los delitos tipificados en el apartado primero del mencionado precepto con la pena de prisión de uno a dos años, declarando el Tribunal la inconstitucionalidad del referenciado precepto.
  
- b) En el Fundamento quinto de la resolución, el Tribunal se centró en los límites de la libertad de expresión, en concreto sobre el discurso del odio, dictaminando que la libre trasmisión de ideas no es un derecho absoluto, quedando excluido de su ejercicio legítimo todas aquellas ideas u opiniones que puedan considerarse ofensivas o ultrajantes hacía un determinado sector de la población. No obstante, al mismo tiempo el Tribunal, a la hora de pronunciarse sobre el fondo del asunto, sostuvo que para poder penalizar este tipo de ideas era necesario constatar la voluntad discriminatoria directa del autor en virtud de lo establecido en los artículos 18 y 510 del Código Penal, concluyendo que la negación del Holocausto se encuadraba dentro de la libertad de expresión.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional se pronunció a favor de la negación del Holocausto como ejercicio legítimo de la libertad de expresión, al mismo tiempo se mostró dubitativo reconociendo que si era posible castigar penalmente aquellas conductas que puedan suponer una incitación indirecta de discriminación u odio:

---

<sup>28</sup> Gómez Martín y Miró Llinares, (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, pp.182-ss

<sup>29</sup> STC 235/2007, 7 de noviembre.

*“De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gente como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia”<sup>30</sup>.*

La interpretación sustraída de la referenciada resolución y la imposición del marco normativo internacional a través de la Decisión Marco 2008/913/JAI, posibilitaron la actual regulación del artículo 510 del Código Penal. Sin embargo, el contenido del referenciado precepto abarca más que lo contemplado en la Decisión Marco y en la resolución del Tribunal Constitucional, ampliando la tipicidad de los hechos delictivos que se encuadran dentro de esta modalidad y reduciendo el ejercicio de la libertad de expresión e ideológica.

### **1.2.2. El artículo 510 después de la reforma de la Ley 1/2015.**

La entrada en vigor de la Ley orgánica 1/2015 supuso un cambio trascendental en la tipicidad de los delitos de odio, suscitando al mismo tiempo nuevas controversias concernientes a la amplitud gramatical que se deriva de la nueva redacción del artículo 510 del CP y de la conversión a tipos autónomos de conductas que son consideradas en otros delitos como elementos preparatorios o de participación<sup>31</sup>. Pudiendo ser considerada la actual regulación como un ataque directo contra el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, como veremos más adelante.

La nueva regulación del artículo 510 ha dado lugar a la constitución de seis tipos básicos<sup>32</sup>, los cuáles pueden estructurarse en dos bloques diferenciados: 1ª. la incitación y la 2ª. de matriz injuriosa<sup>33</sup>:

- En el primer bloque, se encuadrarían las conductas reguladas en el apartado primero del artículo 510, cuya pena de prisión es de seis meses a doce meses

---

<sup>30</sup> STC 235/2007, 7 de noviembre., FD 9.

<sup>31</sup> Portilla Contreras et al., Tratado, IV, 2016, p. 381

<sup>32</sup> Alastuey Dobón, RECPC, 18-14,2016, p.2

<sup>33</sup> Landa Gorostiza., Los delitos de odio, 2018, p. 66-73.

- a) La primera modalidad típica que se encuadra en este bloque es la regulada en el apartado a), “quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad”. Como podemos comprobar la actual redacción ha excluido el término provocación sustituyéndolo como verbo típico y principal la conducta de quienes “fomenten”, “promueven” o “inciten” directa o indirectamente al odio o a la hostilidad de modo público, poniéndole fin a la polémica de si los delitos de odio deben interpretarse sólo como una modalidad de provocación directa, abarcando la nueva redacción también la incitación, el fomento o su promoción de forma indirecta.

Sin embargo, la eliminación de este concepto también ha suscitado problemas interpretativos concernientes a la amplitud de las conductas que se pueden derivar de los términos “fomentar”, “promover” e “incitar”, llegando a la conclusión de que la relevancia penal de la conducta regulada en este apartado se centra en sancionar aquellas conductas cuyo contenido desprende mensajes tendencialmente peligrosos, pudiendo ocasionar su difusión la comisión de otro tipo de actos delictivos<sup>34</sup>. Por lo que, a raíz de lo expuesto podemos llegar a la conclusión de que no se sanciona penalmente cualquier tipo de discurso, sino aquel cuyo contenido puede derivar peligrosamente a una oleada en cadena de ataques de carácter vejatorio contra un determinado sector de la población.

La aplicación de este apartado ha sido bastante escasa en la práctica, pudiendo destacar la Sentencia número 357/2017 de 10 de octubre, donde el Juzgado de lo Penal de Barcelona condenó al vicepresidente de un partido de extrema derecha por difundir mensajes cuyo contenido alentaba la comisión de conductas violentas hacía un periodista por cuestiones ideológicas. A través del Fundamento Quinto de la referenciada resolución podemos ver como se reafirma lo anteriormente expuesto

---

<sup>34</sup> Landa Gorostiza., Los delitos de odio, 2018, p. 69.

- *“Lo que es objeto de castigo no es la expresión en sí de unas ideas, por execrables que sean, sino cuando esta expresión se hace de modo y circunstancias que suponen una provocación a la discriminación, infringiendo el valor constitucional de la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social contenido en el artículo 14 de la Constitución. También cuando tienden a provocar el odio o la violencia, sea física o moral<sup>35</sup>”.*

A pesar de su limitada aplicación, este delito se considera como un referente con relación al resto de delitos regulados en el artículo 510, ya que el resto de los tipos previstos en los siguientes apartados hacen menciones de equivalencia o de referencia a esta modalidad más grave de discurso<sup>36</sup>.

- b) La segunda modalidad típica que se encuadra en este bloque es la regulada en el apartado b) “quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soporte que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo”. Esta tipología también ha sido muy cuestionada en lo concerniente a la amplitud gramatical de conductas punitivas que se regulan en el mencionado apartado, dando a entender que los comportamientos del editor, el librero o el director de la publicación que difunde las publicaciones de contenidos discriminatorios efectuadas por un tercero serían sancionables penalmente, sin necesidad de constatar si son partidarios al ideario reflejado en el contenido del libro.

La amplitud interpretativa de este precepto ha provocado que autores como **PORTILLA CONTRERAS**, muestren su rechazo calificándolo como un

---

<sup>35</sup> SJP de Barcelona 357/2017, de 10 de octubre, FJ 5.

<sup>36</sup> Landa Gorostiza., Los delitos de odio, 2018, pág. 66-73.

verdadero atentado contra la libertad de expresión y la libertad ideológica<sup>37</sup>. Ya que lejos de proporcionar estabilidad su reconocimiento genera inseguridad, extralimitándose de su propósito, la protección de bienes jurídicos como la dignidad y la igualdad humana. Con el consiguiente de que su regulación es totalmente prescindible ya que las conductas pueden ser sancionadas a través del apartado a) y del apartado c), del cual hablaremos a continuación, del apartado primero del artículo 510.

- c) La tercera figura tipificada viene regulada en el apartado c), condenando a quienes “públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubiera cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos” . Este precepto recoge las conductas que venían reguladas en el anterior apartado 2 del artículo 607 con el propósito de evitar que los comportamientos, como los acontecidos a través del caso” Librería de Europa”, queden impunes. No obstante, la redacción de este precepto no incluye dentro de los verbos típicos “la apología pública”, conducta que sí fue reconocida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007 como modalidad de incitación indirecta para una posible comisión de delitos de odio<sup>38</sup>. Castigando en su lugar el enaltecimiento del delito o de los autores, mostrándose contrario a lo establecido en la Decisión Marco 2008/913/JAI, la cual determina en los apartados c) y d) del artículo 1 que no basta con negar o trivializar esos determinados delitos, también es

---

<sup>37</sup> Portilla Contreras et al., Tratadado, IV, 2016, p.402-403

<sup>38</sup> STC 235/2007, de 7 de noviembre, FD9.

necesario reclamar una incitación a la violencia o al odio. Dando entender, que el actual apartado sanciona los meros actos negacionistas, trivializaciones o enaltecimientos, que a su vez puedan acarrear un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación<sup>39</sup>.

- En el segundo bloque, se encuadran las conductas reguladas en el apartado segundo del artículo 510, cuya pena de prisión es de seis meses a dos años.
  - a) En el apartado 2 a) se sancionan a “ quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descredito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descredito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”.

A través de esta figura delictiva se pretende sancionar los atentados contra la dignidad de las personas a través de expresiones humillantes o vejatorias cuyo propósito reside en generar un ambiente de hostilidad hacia una o varias personas por su pertenencia a uno de los grupos protegidos en el precepto. Así se puede constatar en la resolución dictaminada por la Audiencia Provincial de Madrid el 30 de octubre de 2017<sup>40</sup>, en la cual se condenó a dos hombres por un delito de odio dentro de la modalidad que se recoge en el apartado 2 a) del artículo 510, por haber proferido términos

---

<sup>39</sup> Portilla Contreras et al., Tratado, IV, 2016, p.404-405

<sup>40</sup> SAP de Madrid 676/2017, de 30 de octubre.

peyorativos hacía la condición sexual de la víctima, burlándose de su forma de andar y gesticular.

Así mismo, dentro del precepto también se sancionan “ o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”. Dicha conducta se asemeja a la vista en el apartado 1 b) del artículo 510, con la diferencia, de que en este caso solo se protege la dignidad y la igualdad frente al peligro de lesión y no la seguridad del grupo o personas integradas en determinados colectivos.

Por lo tanto, a tenor de lo expuesto, tenemos que diferenciar entre informaciones que describen hechos objetivos, las cuales se encuentran amparadas por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, y aquellas que buscan menospreciar y humillar a un determinado sector de la población mediante el empleo de lenguaje despectivo o burlesco. Ante dicha cuestión, el Tribunal Constitucional se pronunció<sup>41</sup>, concluyendo que la aplicación del referenciado precepto podrá darse en los supuestos en los que la información tiene como único objetivo la degradación del colectivo discriminado <sup>42</sup>.

- b) El apartado 2 b) sanciona a “Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o

---

<sup>41</sup> STC 176/1995, de 11 de diciembre y STC 214/1991, de 11 de noviembre.

<sup>42</sup> Portilla Contreras et al., Tratado IV, 2016, pág.408.

nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”.

Las acciones tipificadas en esta figura delictiva son el enaltecimiento y justificación de los delitos que se hubieran cometido contra uno de los grupos protegidos en el precepto, sin ser necesario que a través de los hechos se promueva un clima de hostilidad o de violencia, constituyéndose como un agravante si se produce su perpetración. Por lo tanto, a través de lo expuesto, podemos apreciar como esta figura delictiva se asemeja bastante a las recogidas en el 578 y 579 del CP, donde se sancionan los comportamientos que enaltezcan o justifiquen la perpetración de los delitos de terrorismo, sin adecuarse ,ninguno de ellos, a la directrices marcadas por la Decisión Marco 2008/913/JAI, sancionando exclusivamente los comportamientos provocadores y no de mero favorecimiento, distanciándose así del objetivo de esta figura delictiva, la sanción de comportamientos que pueden provocar un peligro abstracto hacía la dignidad y la igualdad

También con la entrada en vigor de la Ley 1/2015, en el apartado 3 y 4 del mencionado precepto se incluyeron dos tipos cualificados: 1º. Por gran difusión y 2º. Por alteración de la paz pública.

1. El apartado tercero del artículo 510 viene redactado de la siguiente forma “Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”. El desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación han supuesto un cambio trascendental en la sociedad, dando lugar a la creación de



nuevos canales de comunicación a través del ciberespacio. No obstante, también su aparición ha traído consigo nuevas modalidades delictivas, “basadas en la utilización de los sistemas informáticos como medio y como objetivo de la acción delictiva”<sup>43</sup>. Es por ello, que el legislador, consciente de esta realidad, ha introducido este tipo cualificado con el propósito de agravar las penas de las figuras delictivas anteriormente mencionadas debido a la repercusión que tienen las redes sociales en la actualidad, y sobre todo en lo que respecta al ejercicio abusivo de la libertad de expresión a través de éstas. No obstante, sobre esta cuestión se hablará con mayor profundidad en el capítulo siguiente.

2. En el apartado cuatro del artículo 510 se establece que “Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”. Se puede entender que la aplicación de este tipo cualificado en lo concerniente a la alteración de “la paz pública” puede darse en aquellas situaciones donde se pone en peligro la tranquilidad y el sosiego de la convivencia social, a través de las guerras, las riñas y disensiones, identificando así las circunstancias para tener en cuenta a la hora de agravar la pena. Sin embargo, en lo que respecta “o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor”, nos encontramos nuevamente con un término excesivamente ambiguo que pueda dar lugar a diversas interpretaciones, sin concretar en qué circunstancias podrá darse su aplicación<sup>44</sup>

Así mismo, la nueva redacción del artículo 510 concluye con tres previsiones sancionables adicionales;

- 1) Las dos primeras nos las encontramos en el mismo precepto;
  - a) En el apartado cinco se establece “ En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez

---

<sup>43</sup> Flores Prada, RECPC,17-21,2015, p.1

<sup>44</sup> Rodríguez Ferrández, Revista de Derecho Penal y Criminología,12,2014, p. 188.

años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincente”, pena que tiene su origen en la enmienda número 98 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto sobre el Proyecto de Ley Orgánica , donde justifica su adopción para “ atender el interés superior de los menores”<sup>45</sup>. No obstante, algunos autores, como el mencionado **PORTILLA CONTRERAS**, muestran su disconformidad con relación a esta sanción adicional, considerándola censuradora en lo que respecta al ejercicio de libertad de cátedra, siendo totalmente innecesaria su regulación.

b) En el apartado sexto se establece “el juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubieran cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos”. Esta medida puede ser bastante eficaz a la hora de destruir cualquier soporte que pueda suponer una amenaza o un peligro para la convivencia social, sobre todo cuando nos encontramos ante casos de adoctrinamiento yihadista <sup>46</sup>. No obstante, como hemos podido apreciar, las ambigüedades que se presentan con la redacción de este precepto conllevan a qué medidas aparentemente eficaces como la referenciada, puedan resultar lesivas en cuanto al ejercicio de algunos derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad de expresión y la libertad ideológica.

2) Se incorpora dentro de los delitos de odio el artículo 510 bis, en donde se recoge “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá una pena de multa de dos a cinco años. Atendiendo las reglas establecidas en el artículo

---

<sup>45</sup> Enmienda núm. 98 al Proyecto de Ley Orgánica presentada por el Gobierno ante el Congreso de los Diputados, firmada por Carlos Casimiro Salvador Armendáriz (Unión Pueblo Navarro).

<sup>46</sup> Rodríguez Ferrández, Revista de Derecho Penal y Criminología, 12, 2014 pág. 191.

66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal”. Como hemos podido comprobar el origen de este precepto parte del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas recogida en el artículo 31 bis y del artículo 5 de la Decisión Marco 2008/913/JAI, donde se señala explícitamente que le competen a los Estados Miembros fijar mediante normativa las sanciones correspondientes a las personas jurídicas por la comisión de las actitudes que se encuadran dentro de los delitos de odio.

No obstante, si nos fijamos en la actual redacción del mencionado precepto, nos podemos percatar de que el legislador cometió un error en la redacción de este precepto, ya que al principio de éste determina la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión “de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores”, lo cual es totalmente insostenible, ya que el artículo 509 regula un delito de carácter especial de usurpación de funciones, cuyos únicos sujetos son los jueces, los magistrados o funcionarios públicos. Por lo que se debe entender como un error del legislador, el cual podría haberse subsanado en la corrección de errores publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 11 de junio de 2015<sup>47</sup>.

Por lo tanto, podemos llegar a la conclusión de que la actual regulación del artículo 510 dista bastante de las finalidades o propósito recogidos en la Decisión Marco 2008/913/JAI y de las necesidades contempladas a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre. Siendo su contenido excesivamente amplio, dando lugar a la penalización de comportamientos que podrían encuadrarse dentro de la legitimidad de derechos como son la libertad de expresión y la libertad ideológica, lo que ha conllevado a que su aplicación actualmente haya sido escasa y conflictiva.

En lo que respecta a la inclusión dentro del precepto del tipo cualificado por el empleo de “medios de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información”, se analizará con mayor profundidad en el capítulo siguiente.

---

<sup>47</sup> Rodríguez Ferrández, Miró Llinares, (Dir.), Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p.173.

# **CAPITULO SEGUNDO EL DISCURSO DEL ODIO A TRAVÉS DE INTERNET**

## **2.1.- PROBLEMAS JURISDICCIONALES DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS Y CONCEPTO DE CIBERODIO**

Como se mencionó anteriormente, el desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación han supuesto un cambio sustancial en la sociedad, ya que a raíz de estas se dio paso a la creación de nuevos canales de comunicación a través de las denominadas redes sociales, como son: Instagram, Facebook y Twitter.

Si bien es cierto, que el ciberespacio ha supuesto un cambio notoriamente positivo en nuestra sociedad, fomentando la creación de nuevos canales de comunicación y de información, también su uso abusivo ha dado lugar a la creación de una nueva modalidad delictiva denominada “delitos informáticos” o “ciberdelitos”, cuyos efectos pueden resultar más nocivos que el de los delitos convencionales debido a las singulares características que presenta esta nueva tipología:

- Son delitos que se pueden cometer a larga distancia y que imposibilitan la reacción inmediata de la víctima<sup>48</sup>.
- Los autores son al menos expertos usuarios de las potencialidades técnicas y de la multiplicidad de servicios que ofrece la Red. Cuando no peritos cualificados en programación, informática, ingeniería y otras carreras técnicas<sup>49</sup>. También al tratarse de técnicas recientes, nos podemos encontrar que la mayoría de ellos son menores de edad, lo que conlleva a que algunos delitos queden impunes<sup>50</sup>.
- La facilidad para poder crear perfiles sin necesidad de identificarse puede traer como consecuencia la creación de perfiles falsos, en donde es más difícil determinar la autoría del hecho delictivo en cuestión<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Velasco Núñez., Delitos, I, 2010, p.46.

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> Ídem.

<sup>51</sup> Ídem.

- La comisión delictiva a través de los medios informáticos puede perjudicar de forma simultánea a varios sujetos<sup>52</sup>.

Con relación a esta última característica, se nos puede presentar un problema jurisdiccional o competencial, en el supuesto de que los agraviados puedan encontrarse en diferentes Estados como ocurrió con el caso “Yahoo Inc. V. La Ligue Contre le Racisme et L’ Antisemitisme”<sup>53</sup>, conflicto que se prolongó durante seis años y cuya solución fue poco esclarecedora a la hora de determinar que parámetros son los que hay que tener en cuenta para atribuir la potestad jurisdiccional en caso de conflictos entre Estados, decantándose finalmente por el Estado francés al ser el primero que se pronunció.

La falta de respuesta se prolongó hasta el año 2012, fecha en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través del caso “Wintersteiger vs Products”<sup>54</sup> fijó una posible solución doctrinal al problema de jurisdicción internacional por responsabilidad delictiva en materia de ciberdelincuencia, proponiendo la aplicación de los siguientes fueros:

- 1) A la hora de resolver los eventuales conflictos internacionales de jurisdicción que puedan suscitarse entre Estados, se considerara como fuero principal “lugar en que se producido el hecho dañoso”<sup>55</sup>.
- 2) Cuando el hecho dañoso pueda entenderse producido en varios lugares, se adopta la teoría de la ubicuidad, la cual determina que la competencia la pueden ostentar alternativamente “el lugar en que se ha producido la acción” o “el lugar en el que se ha producido el resultado”<sup>56</sup>.

Siendo este último fuero el que se aplica con mayor habitualidad debido a que, como se mencionó al principio del apartado, los efectos que se derivan de esta tipología afectan de forma simultánea a varios sujetos ubicados en diferentes zonas geográficas, lo que

---

<sup>52</sup> Velasco Núñez., Delitos, 2010, p.46.

<sup>53</sup> Velasco San Martín, Jurisdicción, 2016, p.224.

<sup>54</sup> STJUE 2012/89, de 19 de abril de 2012.

<sup>55</sup> Ídem.

<sup>56</sup> Ídem.

conlleva a que el daño se produzca en diferentes lugares. Así mismo, la referenciada resolución también precisó que cuando hablamos del “lugar en el que se ha producido la acción” en materia de ciberdelincuencia, este término abarca el centro de decisión del actor, lugar en el que se toma la decisión, y en el caso del “lugar de producción del daño” será el lugar donde la víctima tenga sus principales intereses, decidiendo entre uno y otro en virtud del “lugar donde se encuentren las fuentes de prueba”<sup>57</sup> y “el lugar en el que se presume que pueda producirse una adecuada y completa sustanciación del proceso”<sup>58</sup>. No obstante, debido a las incipientes confrontaciones entre los Estados Miembros por determinar la potestad jurisdiccional, el 23 de noviembre de 2001 se adoptó el Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa para asentar las bases de la designación de la jurisdicción en caso de conflicto entre Estados, del cual se hablará de forma más exhaustiva en el apartado siguiente.

Todo esto nos da entender que España tendrá competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto cuando exista conexión entre el hecho ilícito cometido y el territorio español, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), de igual manera la referenciada ley y el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal ( en adelante LECrim) determinan que el fuero principal a tener en cuenta cuando el conflicto se sustancie exclusivamente en el territorio español pero afecte a varias regiones será el lugar donde se cometió el hecho ilícito, aplicando el principio de territorialidad.

En el caso de desconocer el lugar donde se ha producido el hecho ilícito, la LECrim a través del artículo 15 establece fueros alternativos; a) el del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito, b) el del término municipal, partido o circunscripción en que el presunto reo haya sido aprehendido, c) el de la residencia del reo presunto y d) cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.

Si bien es cierto que a través de este precepto se solventa el problema del desconocimiento del lugar donde se ha producido el daño. Actualmente la LECrim no prevé una solución específica cuando el daño se produce de forma simultánea en diferentes zonas territoriales, lo que puede acarrear bastantes problemas competenciales, sobre todo en

---

<sup>57</sup> Flores Prada, RECPC,17-21,2015, pág. 19.

<sup>58</sup> Ídem.

cuestiones de ciberdelincuencia al ser la modalidad donde más se produce la referenciada situación. Lo que provocó que el Tribunal Supremo, a través del acuerdo del 3 de febrero de 2005<sup>59</sup>, adoptará la siguiente solución para poner fin a la controversia “el delito se comete en todas las jurisdicciones en que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya realizado las actuaciones procesales será en principio competente para la instrucción de la causa”<sup>60</sup>, dando pie a la aplicación de la ya mencionada teoría de la ubicuidad.

Como hemos podido comprobar, el empleo de las nuevas tecnologías para la consumación de hechos delictivos ha supuesto un quebradero de cabeza para nuestro ordenamiento jurídico, a lo cual hay que sumarle los diferentes hechos delictivos que se pueden ejecutar a través de estas, englobándose en tres tipos de actividades delictivas; a) formas tradicionales de delincuencia (fraude o la falsificación), b) delitos específicos de las redes electrónicas (ataques contra los sistemas informáticos) y c) la publicación de contenidos ilícitos, en donde se encuadrarían los delitos de odio, a los cuales se les acuñó el término de “ciberodio”.

Este último concepto no viene definido de forma explícita en el Código Penal, ni tampoco se ha procedido a su interpretación a través de la doctrina del Tribunal Supremo, siendo introducido por algunos autores como MORETON TOQUERO <sup>61</sup>, con el propósito de clasificar las conductas motivadas por el odio realizadas en internet. No obstante, tenemos que ser consciente de que el término “ciberodio” no se constituye como una figura independientemente sino complementaria al delito recogido en el artículo 510 del CP, encuadrándose dentro de lo regulado en el apartado tres. Por lo tanto, su aplicación sólo abarcará las conductas discriminatorias que se realicen contra alguno de los grupos reconocidos en el referenciado precepto

Como hemos podido comprobar, otro de los principales problemas que se nos presenta con los delitos de ciberodio, además de las cuestiones en materia jurisdiccional, es su tipificación, ya que como vimos en el capítulo anterior, la regularización y responsabilidad sobre esta modalidad delictiva recae en los Estados. Por lo tanto, son estos los que determinan que tipo de comportamientos pueden considerarse discriminatorios y que grupos hay que proteger. Lo que implica que puedan existir

---

<sup>59</sup> STS 2005/73172, acuerdo de 3 de febrero.

<sup>60</sup> Ídem.

<sup>61</sup> Moretón Toquero, Revista Jurídica de Castilla y León, 7, 2012, pp.12- ss.

confrontaciones en el caso de que la jurisdicción recaiga en un Estado cuya legislación es menos coercitiva que el Estado en el que se encuentra la víctima. Esta situación se da sobre todo con la creación de páginas web de contenido discriminatorio, como fue en su día el portal web denominado “Dominación Machista”, donde se respaldaba la supremacía masculina consensuada y el respeto de los límites que cada pareja decidía asumir en su relación. No obstante, a pesar de defender que los contenidos que se exponían en la web no buscaban fomentar la violencia, muchos de los temas que se mostraban estaban enfocados a actos vejatorios contra las mujeres, lo que provocó que muchos usuarios solicitaran el cierre de esta página, resultando ser bastante complicado debido a que los administradores se encontraban en Latinoamérica, requiriéndose mandamientos judiciales para proceder al bloqueo de la página<sup>62</sup>.

Esta situación de inseguridad provocó que los Estados Miembros, los Estados Extracomunitarios y las Plataformas Sociales (Facebook, Twitter, Instagram, Microsoft y YouTube) tomaran conciencia de los peligros que se podían originar si no se adoptaban medidas que garantizaran la protección y la seguridad en Internet, ya que como hemos visto no basta con una solución doctrinal. También es necesaria la habilitación de instrumentos jurídicos y extrajurídicos que plasmen lo recogido en la misma para garantizar su efectividad y evitar conflictos entre Estados Miembros y también entre Estados Miembros y Estados Extracomunitarios.

## **2.2.-INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN.**

Como hemos podido comprobar, los problemas sobre la persecución de los delitos informáticos no sólo se centran en cuestiones jurisdiccionales también abarcan cuestiones legislativas, por eso el Consejo de Europa elaboró en fecha de 23 de noviembre de 2001 el Convenio sobre Ciberdelincuencia, también denominado Convenio Budapest. Con el propósito principal de crear una política criminal común mediante la adopción de legislaciones sustantivas armonizadas e incrementando los instrumentos de cooperación internacional para su persecución<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup>La policía investiga varias webs que abogan por “la supremacía masculina y la sumisión de la mujer”, *el mundo*, 27 de abril de 2016, disponible <https://www.elmundo.es/sociedad/2016/04/27/5720801f22601dd57e8b4643.html> (consultado el 3 de diciembre de 2018).

<sup>63</sup> Velasco Núñez, *Delitos*, 2010, p. 152.



Como veremos más adelante, el Convenio sobre Ciberdelincuencia no es el único instrumento jurídico que existe para solventar los problemas jurisdiccionales y legislativos que se derivan de esta tipología delictiva. El Consejo de Europa también ha habilitado otro tipo de herramientas jurídicas que sin tratar de forma expresa la materia sobre ciberdelincuencia, ayudan a solventar los problemas derivados de los conflictos jurisdiccionales.

### **2.2.1 Convenio sobre Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001.**

Actualmente, el Convenio se encuentra firmado por 56 Estados y ratificado por 57, hay que señalar que entre los países firmantes del Convenio se encuentran países no miembros del Consejo de Europa; Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón, Mauricio, Panamá, República Dominicana, Sudáfrica, de los cuales solo Australia, Estados Unidos y Japón, alguno de ellos lo han ratificado estableciendo algunas reservas y declaraciones.

El artículo 22 es el encargado de establecer las pautas que tienen que adoptar los Estados Miembros en materia legislativa para asignarse la jurisdicción en un determinado asunto, mediante la determinación de tres aspectos relevantes; a) el lugar donde se cometió el delito, b) la determinación de la aplicación de leyes en caso de múltiples jurisdicciones y c) la forma de resolver conflictos de competencia en forma positiva y evitar conflictos negativos de jurisdicción<sup>64</sup>.

Igualmente, en el párrafo tercero del referenciado precepto, se recoge la obligación de los Estados de extraditar o perseguir al inculcado en el supuesto de que algún Estado se niegue a extraditar al inculcado con base a la nacionalidad del individuo, en virtud de los supuestos contemplados en el artículo 24 del Convenio. Ampliando el margen de actuación en materia de jurisdicción de los Estados adscriptos al Convenio.

Entre las tipologías delictivas que se regulan en el Convenio no se encuentran los delitos de odio. La razón principal de esta falta regulación radica en que durante el período de negociación del Convenio de Budapest algunos países se mostraban disconformes con la penalización de contenidos racistas o xenófobos en internet, ya que consideraban que podría constituirse como una censura al ejercicio de la libertad de expresión. Lo que

---

<sup>64</sup> Velasco San Martín, Jurisdicción, ,2016, pp. 78-79.

conllevo a que el Consejo de Europa decidiera manejar esta cuestión a través de un protocolo por separado<sup>65</sup>.

El protocolo Adicional a la Convención concerniente a la Penalización de Actos de Naturaleza Racista y Xenofóbica fue realizado el 28 de enero de 2003. Actualmente ha sido ratificado por 29 Estados y firmado sólo por 13. A través de este instrumento legal se pretende complementar lo dispuesto en el Convenio sobre ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001 del Consejo de Europa o Convenio de Budapest en materia de tipificación penal de los actos de índole racista y xenófoba cometidos mediante sistemas informáticos, e imponer la obligación a los Estados Parte de que adopten a través de su legislación interna las medidas necesarias para sancionar todas aquellas conductas que se realicen por internet, y que puedan considerarse discriminatorias hacia un determinado grupo por motivos racistas y xenófobos.

También el artículo 8 del Protocolo establece la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 22 del Convenio sobre Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001 del Consejo de Europa o Convenio de Budapest, para los actos de índole racista y xenófobos cometidos por Internet.

No obstante, a pesar las pautas marcadas por el referenciado precepto, su redacción es demasiado amplia, sin determinar con precisión los posibles lugares de comisión de los delitos cometidos en Internet, siendo los Estados los que tengan que determinarlo a través de normativa interna o mediante la jurisprudencia. Lo que a su vez puede conllevar a un conflicto interpretativo sobre lo que entiende cada Estado como "lugar de comisión", sin poner fin al conflicto entre Estados Miembros.

### **2.2.2 Otros instrumentos jurídicos internacionales**

Actualmente el Convenio sobre Ciberdelincuencia de 23 de febrero de 2001 es el único instrumento jurídico internacional que trata de forma expresa y prioritaria los delitos cometidos a través de medios informático. Sin embargo, también el Consejo de Europa ha adoptado resoluciones jurídicas, como la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo

---

<sup>65</sup> Velasco San Martín, Jurisdicción.,2016, pp. 88 -ss.

de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, con el propósito de evitar situaciones en las que un mismo infractor este sometido a procesos penales paralelos en distintos Estados Miembros por los mismo hechos, con el propósito de evitar una vulneración del principio *ne bis in idem*<sup>66</sup>, garantizando dicho fin a través del artículo 10 de la mencionada Directiva, imponiendo la obligación a los Estados Miembros de que entablen consultas directas a fin de llegar a un consenso sobre cualquier solución eficaz tendente a evitar los posibles efectos derivados de los procesos penales paralelos. En caso de no llegar a ningún consenso, el artículo 12 establece que cualquiera de los Estados Miembros implicados dará aviso y parte del asunto, en caso de que proceda, a Eurojust<sup>67</sup>, para que intervenga cuando resulte competente<sup>68</sup>.

También el Consejo de Europa aprobó la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, a la cual ya nos hemos referido en los apartados anteriores, pero es conveniente volverla mencionar, ya que a través del artículo 9 se fija una disposición en materia de jurisdicción y competencia. Dotándole de la posibilidad a los Estados Miembros de establecer competencia con base total o parcialmente en el territorio, por uno de sus nacionales y en provecho de una persona jurídica que tenga su domicilio social en el territorio de un Estado Miembro. Asimismo se reconoce dos supuestos para que un Estado Miembro pueda fijar competencia con base en el territorio cuando la conducta se haya cometido por un medio de un sistema de información: 1) cuando el autor la comete estando físicamente presente en su territorio, independientemente de que en la realización de la conducta se utilizará o no material albergado en un sistema de información en su territorio y 2) cuando en la conducta se haya empleado material albergado en un sistema de información situado en su territorio, independientemente de que el autor realizara o no la conducta estando físicamente presente en su territorio<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Entiéndase por principio “non bis in ídem” la definición de Muñoz Conde, DP, PG, 2015, pp.108-110.

<sup>67</sup> A través de la Decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2002, se crea la Eurojust, órgano de la Unión creado para intensificar la lucha contra las formas graves de delincuencia organizada transnacionales.

<sup>68</sup> Velasco San Martín, Delitos, 2010, pp. 98-99.

<sup>69</sup> Artículo 9 de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo del 28 de noviembre de 2008 relativo a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia.

### 2.2.3 Instrumentos jurídicos españoles.

Dentro del marco interno español, es el Código Penal el que se encarga de determinar y regular las conductas realizadas a través de los medios informáticos, señalando a través de su contenido las diferentes modalidades delictivas que se pueden sancionar; a) en el artículo 264 se sanciona el acceso ilícito y daños a programas informáticos b) en los artículos 390 a 399 bis se regulan las falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicaciones, falsificación de documentos privados, falsificación de certificados y falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, c) en el apartado 2 del artículo 248 se regulan las estafas informáticas, d) en el artículo 189 se sanciona también el empleo de los medios tecnológicos para la distribución y promoción de pornografía infantil, e) en los artículos 270 al 272 se regulan los delitos relacionados con la Propiedad Intelectual, f) el artículo 401 regula los delitos por usurpación de la identidad y g) los artículos 572 a 580, entre las conductas que se sancionan se encuentra el empleo de los medios tecnológicos.

La LECrim también ha incorporado nuevos métodos de investigación para sancionar el empleo de las tecnologías como forma de comisión delictiva, tenemos que partir de la circunstancia de que es a través de la fase de instrucción donde se determina si ha concurrido el hecho delictivo o no, de ahí que sea necesaria la incorporación de nuevas metodologías para la persecución de esta nueva modalidad delictiva<sup>70</sup>, ya que como se ha podido comprobar el empleo de las medidas convencionales no es suficiente para poder sancionarla. En el caso que nos concierne, para la persecución de los delitos de ciberodio se suele emplear la medida de identificación mediante el número IP<sup>71</sup>, regulada en el artículo 588 ter k de la ya referenciada ley. Este instrumento posibilita el acceso a los agentes de la Policía Judicial a la dirección IP del ordenador donde se ha realizado la conducta delictiva. No obstante, se impone la necesidad de contar con una autorización

---

<sup>70</sup> Pérez Estrada et al., Derecho Penal Informático, 2010, pp. 305-308.

<sup>71</sup> “Así ha conseguido la Policía identificar a los tuiteros anticatalanes de la tragedia Germanwings”, el confidencial, 30 de marzo de 2015, disponible <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/politica/conseguido-Policia-identificar-anticatalanes-Germanwings/20150327141606076690.html> ( Consultado el 6 de diciembre).

judicial con el propósito de determinar si dicha medida es proporcional o pueden existir otras alternativas que se adecuen mejor al supuesto de hecho<sup>72</sup>.

Otra norma relevante para destacar en materia de ciberdelincuencia es la ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (en adelante LSN). El objetivo principal de la LSN se centra en proteger “la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos”<sup>73</sup>, desde diferentes ámbitos, entre los que se encuentra el ciberespacio, lo que a su vez ha dado lugar a la habilitación de la denominada Estrategia de Ciberdelincuencia Nacional de 2013, la cual responde a la creciente necesidad de preservar la seguridad del ciberespacio por su enorme repercusión en las cuestiones que conciernen a la seguridad nacional<sup>74</sup>.

En lo que concierne a los delitos de ciberodio, ya hicimos mención en el capítulo primero de su regulación a través del apartado tres del artículo 510 del Código Penal, introduciéndolo como un tipo cualificado para agravar la pena cuando se produjera su comisión a través del empleo “de un medio de comunicación social”, “por medio de internet” o “mediante el uso de tecnologías de la información”, cuya aplicación sólo tendrá lugar cuando los mensajes vertidos sean accesible a un elevado número de personas. Como ya se expuso, la razón de esta regulación radica en la facilidad de acceso por parte de los menores a los medios tecnológicos, sobre todo en lo que respecta al empleo de las redes sociales. Por esta misma razón y también por la dificultad que supone la persecución de este tipo de conductas por las plataformas sociales, se han adoptado otros tipos de medidas extrajudiciales con el propósito de prevenir los usos fraudulentos y comportamientos discriminatorios mediante el empleo de las redes sociales.

## **2.3 INSTRUMENTOS EXTRAJURÍDICOS DE PROTECCIÓN**

Las medidas de protección no sólo abarcan la tipificación de conductas e imposición de sanciones, también engloban medidas de carácter preventivo, con el propósito de disminuir la comisión de los mensajes de odio que se promueven por Internet. Por esta misma razón, en fecha 31 de mayo de 2016, Facebook, Twitter, Microsoft y YouTube (en

---

<sup>72</sup> Barrio Andrés, Delitos 2.0, 2018, p.264.

<sup>73</sup> El artículo 3 de la LSN establece que: “a los efectos de esta ley se entenderá por Seguridad Nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos”.

<sup>74</sup> Barrio Andrés, Delitos 2.0, 2018, pp.340-341.

adelante TI) presentaron un Código de Conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet. En 2018, Instagram, Google+ y Snapchat anunciaron que se iban adherir al referenciado Código de Conducta <sup>75</sup>.

### **2.3.1 Código de Conducta europeo para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet.**

El Código de Conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet tiene por objeto el establecimiento de varios compromisos públicos con el propósito de evitar que los canales ofertados por las empresas de TI se conviertan en un principal foco de difusión de discursos de carácter discriminatorio, resaltando las siguientes medidas;

- a) La habilitación de procedimientos independientes que garanticen una revisión de los contenidos que se vierten en los canales de las plataformas sociales.
- b) Cuando se remita una notificación constatando la comisión de una conducta incitadora por la difusión de mensaje discriminatorios, se procederá a la retirada de dicho contenido en menos de 24 horas, y en el caso de que fuera necesario, se procederá a la deshabilitación del acceso a dicho contenido.
- c) Seguir debatiendo de forma periódica la manera de fomentar la transparencia en el ejercicio de las redes sociales, y alentar la narrativa y contra narrativa con el propósito de combatir los discursos de odio que se difunden por las redes sociales.

Tras su entrada en vigor, la Comisión Europea ha realizado un control de seguimiento para constatar la eficacia y aplicación del referenciado Código de conducta por parte de las empresas TI, realizándose actualmente tres rondas de control: 1) La primera se realizó el 7 de diciembre de 2016, donde se comprobó que las empresas TI, desde la entrada en vigor del código de conducta, habían eliminado un 28% de mensajes de incitación al odio

---

<sup>75</sup> “Snapchat se suma al código de conducta europeo contra el lenguaje de odio”, el universal, 07 de mayo de 2018, disponible <https://www.eluniversal.com.mx/techbit/snapchat-se-suma-al-codigo-de-conducta-de-europeo-contra-el-lenguaje-del-odio> (Consultado el 6 de diciembre).

publicados en los medios de comunicación sociales<sup>76</sup>, 2) La segunda se realizó el 1 de junio de 2017, donde el porcentaje aumentó un 59%<sup>77</sup>, y 3) La tercera ronda, y última hasta la fecha de hoy, se realizó el 19 de enero de 2018, en la cual se expuso que el porcentaje de contenido eliminado en las redes por incitación al odio por las empresas TI era de un 70%<sup>78</sup>.

Estos datos reflejan la notoria importancia que ha tenido la aplicación de este Código para frenar la difusión de los discursos del odio en las redes sociales. Sin embargo, la Comisión Europea considera que también es necesario introducir mejoras en lo que respecta a la emisión de información hacia los usuarios de las redes sociales, para que hagan un buen uso de estas y no incurran en este tipo de conductas.

Por lo tanto, podemos ver la importante labor que tienen las empresas TI sobre esta materia, ya que, si bien es necesario sancionar la consumación de este tipo de conductas, también es de vital importancia su prevención. Sobre todo cuando se emplean canales de máxima difusión a los que tienen acceso un número ilimitado de usuarios, de ahí que se hayan habilitado también medidas de carácter extrajudicial para complementar a las ya existentes medidas judiciales con el propósito de reforzar el control de los comportamientos de incitación al odio que se ejercen en las redes sociales, destacando a su vez la necesaria cooperación y comunicación entre las ya mencionadas empresas de comunicación social y los Estados Miembros.

Sin embargo, a pesar de los controles efectuados mediante la adopción de acuerdos, se han seguido perpetrando la difusión de discurso de odio en la red. Esto se debe principalmente a que los usuarios que vierten los contenidos lo hacen desde cuentas falsas, un ejemplo de esto último se pudo ver con las expresiones homófobas que se vertieron en Twitter contra el cantante Miguel Bose tras el fallecimiento de su sobrina, Bimba Bose<sup>79</sup>. Si bien es cierto que como se mencionó anteriormente se han incorporado medidas de investigación, como la ya mencionada diligencia de dirección IP, esta no siempre resulta ser suficientemente esclarecedora para la determinación de la autoría

---

<sup>76</sup> Code of Conducts on countering illegal hate speech online: First results on implementation, European Commission, december 2016.

<sup>77</sup>Code of Conducts on countering illegal hate speech online: One year after, European Commission, June 2017.

<sup>78</sup> Countering illegal hate speech online-Commission initiative shows continued improvement, further platforms join, European Commission, january 2018.

<sup>79</sup> La Fiscalía investigará si hay delito de odio en los tuits ofensivo contra la familia Bose”, La Vanguardia, 25 de enero de 2017, disponible <https://www.lavanguardia.com/gente/20170125/413683652112/fiscalia-delito-odio-tuits-familia-bose.html>, (Consultado el 8 de diciembre de 2018).

delictiva, planteando el supuesto de que se hayan usado ordenadores de entidades públicas<sup>80</sup>, como por ejemplo un colegio o una biblioteca. Lo que ha conllevado a que se haya imposibilitado la continuación del procedimiento, siendo actualmente el número de resoluciones concernientes sobre esta materia extremadamente reducido, destacando la sentencia número 72 /2018 de 9 de febrero de 2018 dictada por el Tribunal Supremo, de la cuál se hablará a continuación.

## **2.4 JURISPRUDENCIA DE LOS DISCURSOS DEL ODIOS EN LAS REDES SOCIALES.**

Como se expuso anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el empleo de las redes sociales como herramienta de comisión de los delitos de odio es extremadamente escasa, llegando en determinadas ocasiones a confundirse con el delito de enaltecimiento terrorista. Cierto es que algunos autores han considerado esta figura delictiva como una modalidad de delito de odio en el ámbito del terrorismo<sup>81</sup>. No obstante, actualmente el CP regula ambas figuras de forma independiente.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2015, se dictaron algunas resoluciones sobre la incitación al odio a través de las redes sociales, como la dictaminada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Pamplona<sup>82</sup>, en la cual se condenó a un sujeto como autor responsable de un delito de odio por la publicación de un vídeo de carácter antisemita en la red social Facebook. El Juzgado consideró que el contenido vertido en el vídeo suponía una incitación directa al odio, que a su vez podía desencadenar la ejecución de una acción violenta contra la comunidad judía. No obstante, como los hechos fueron anteriores al 10 de abril de 2015, el Juzgado aplicó la anterior figura delictiva del artículo 510, sin que se procediera a la aplicación del tipo agravado por el empleo de medios tecnológicos, dicha resolución fue recurrida por el acusado ante la Audiencia Provincial de Navarra<sup>83</sup>, cuyo pronunciamiento ratificó la resolución dictaminada por el Juzgado de lo Penal y por ende se desestimó el recurso instado por el acusado.

Posteriormente a la reforma del Código Penal, las sentencias dictadas concernientes a esta materia se resumen en dos; 1ª.) la dictada por el Juzgado de Instrucción número 8 de

---

<sup>80</sup> Barrio Andrés, Barrio Andrés, Delitos 2.0, 2018, pp. 264-265.

<sup>81</sup> Bernal del Castillo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 16, 2016, pp. 13-44.

<sup>82</sup> SJP Pamplona (Navarra), núm. 1, sentencia núm. 273/2016, de 11 de octubre.

<sup>83</sup> SAP Navarra 55/2017, de 21 de marzo.



Cerdanyola del Vallès<sup>84</sup>, en la cual se dictó resolución condenatoria por conformidad a un usuario de Twitter por la publicación a través de la red social de varios mensajes de contenido ofensivo hacía los catalanes tras el siniestro del avión de Germanwings y también de índole racista hacía otros colectivos y 2ª.) la dictada por la Audiencia Nacional<sup>85</sup> (en adelante AN), por la que se condenó por un delito de enaltecimiento del terrorismo y otro de incitación al odio a un usuario de Twitter por la publicación de varios mensajes a través de la red social. La sentencia fue recurrida por el acusado ante el Tribunal Supremo, de la cual se hablará con más detenimiento en el apartado siguiente, ya que es la primera y la única sentencia, por el momento, en la que se sanciona el empleo de medios tecnológicos como fuente de divulgación de los discursos del odio.

#### **2.4.1 La Sentencia de Tribunal Supremo 72/2018 de 9 de febrero.**

A pesar de las escasas resoluciones, hay que destacar la sentencia dictada por el TS en fecha de 9 de febrero de 2018. El Juzgado Central de Instrucción nº6 de la AN instruyó procedimiento abreviado contra un usuario de Twitter por la publicación en sus dos cuentas de Twitter de determinados comentarios que se podrían encuadrar dentro de los delitos de odio y de enaltecimiento del terrorismo.

En la primera cuenta vertió comentarios vejatorios contra las mujeres y reivindicó la perpetración de un atentado dentro del territorio español, publicando los siguientes mensajes;

- “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas”.
- “2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca, pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias”.
- "Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre”.

---

<sup>84</sup> SJI Cerdanyola Vallès 25/2017, de 15 de marzo

<sup>85</sup> SAN 2/2017, de 26 de enero.

Estos comentarios generaron bastante repercusión en el resto de usuarios, quienes manifestaron su rechazo hacía el contenido de los mensajes emitidos ante la unidad policial Grupo de redes II, (Unidad de control, seguimiento y análisis preventivo de los contenidos publicados en las diferentes redes sociales), formulándose también denuncia el 1 de enero de 2016 en la Comisaria de Policía de Santa Cruz de Tenerife y el 3 en la Comisaria de Policía de Zamora, llegándose a suspender su cuenta en la red social. A pesar de lo sucedido, haciendo uso de la segunda cuenta que tenía en la red social, siguió difundiendo comentarios denigratorios hacía las mujeres y haciendo apología del terrorismo yihadista.

La AN condenó al acusado como autor criminalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo y otro de incitación al odio. El acusado disconforme con la resolución dictaminada formuló recurso de casación ante la sala de lo Penal del TS.

El TS se pronunció argumentando que los comentarios vertidos por el acusado hacía las mujeres se encuadraban dentro del 510 del CP, ya que este tipo de delitos, como ocurre con el delito de enaltecimiento del terrorismo, requieren únicamente de la concurrencia de un dolo de primer grado, es decir, sólo será necesaria la constatación de la voluntariedad del acto y la acreditación de que dicho comportamiento no responde a una reacción momentánea, situación que se puede comprobar a través del caso enjuiciado en virtud de las diversas publicaciones vejatorias hacía las mujeres realizadas por el acusado en diferentes fechas, demostrando que dicho comportamiento es objeto de una reacción voluntaria e intencionada. Así mismo, el Tribunal sostiene que el contenido de las frases revela connotaciones agresivas y peyorativas hacía las mujeres, generando dichas expresiones sentimientos de rechazo por parte de la ciudadanía. Por lo tanto, se encuadrarían dentro de la figura delictiva contemplada en el apartado 1 a) del artículo 510 del CP.

También el Tribunal determinó la concurrencia del apartado 3 del artículo 510, atendiendo así al recurso planteado por el Ministerio Fiscal por inaplicación del mencionado apartado en la resolución de la AN, ya que los comentarios se promovieron a través de Internet, sustentándose la aplicación de este tipo cualificado en la “proyección de los mensajes buscada por el autor”<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> STS 72/2018 de 9 de febrero, FJ Único

En lo que respecta al delito por el enaltecimiento del terrorismo, el Tribunal Supremo consideró que los comentarios emitidos sobre la petición de la perpetración de un atentado yihadista no concurrían con la misma intensidad que los vertidos sobre las mujeres. Siendo manifestaciones demasiado genéricas que no implican la presencia de un peligro inminente, absolviendo al acusado del delito de enaltecimiento del terrorismo y condenándole como autor responsable de un delito de incitación al odio del artículo 510 apartados uno y tres.

#### **2.4.2 Análisis crítico de la Sentencia.**

Sin entrar a valorar los argumentos manifestados sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo, a continuación, se expondrán las conclusiones que se pueden extraer de la referenciada Sentencia;

- 1) El Tribunal Supremo sostiene en la resolución que para la aplicación del artículo 510 sólo se requerirá la emisión de ofensas dentro del discurso del odio, incluyendo así la realización de una conducta que provoca directa o indirectamente sentimientos de violencia, de odio, o de discriminación. Sin embargo, como vimos en los apartados anteriores, para la consumación de los delitos de odio no sólo es necesaria la emisión de ideas que inciten a la discriminación, también se requiere que la intensidad de estas pueda acarrear un verdadero daño al colectivo o grupo que se pretende proteger. Por tanto, sin desmerecer la culpabilidad atribuida al acusado, el Tribunal no entró a analizar si a través de los mensajes publicados se podía ocasionar un posible daño a la autonomía personal de ninguna mujer en concreto o en abstracto, reconociendo únicamente que los comentarios podían herir “los sentimientos comunes de la ciudadanía”.
- 2) A la hora de hablar de los elementos de tipicidad subjetiva, la resolución destaca que en este tipo de delitos sólo cabe el dolo de primer grado, siendo inadmisibles la posible aplicación por dolo eventual, ya que el eje central de esta figura delictiva radica en la voluntad directa del sujeto activo de discriminar a una o varias personas por su pertenencia a un determinado grupo. Llegando el Tribunal a la conclusión de que la voluntad del acusado se encuadra dentro del dolo de primer

grado, debido al contenido divulgado y a las reiteradas publicaciones realizadas por el acusado en diferentes fechas. Constatando así el Tribunal que su comportamiento no obedece a una reacción momentánea, sino a una verdadera intención de discriminar y menospreciar a las mujeres. Dicha fundamentación se adecua bastante a lo recogido en la ley, siendo certero dicho planteamiento, ya que no tendría coherencia en este tipo de delitos la búsqueda de un posible resultado cuando la comisión de los mismos está sustentada a la discriminación hacía un determinado sujeto pasivo.

- 3) En lo que respecta a la aplicación del apartado 3 del artículo 510 del CP, el Tribunal sólo se remitió a sustentar la aplicación de tipo cualificado “en la proyección buscada por el autor, del mensaje que se emite”, lo que implica, que a la hora de aplicar este tipo agravado sólo se tendrá en cuenta el medio utilizado, sin que repercuta el número de personas que han visto y compartido el mensaje o si la cuenta que se empleó para difundirlo tenía muchos seguidores .

Por lo tanto, esta sentencia es una de las pocas resoluciones, después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, que trata de forma exhaustiva la nueva redacción del artículo 510, y en concreto la aplicación del apartado 3 del mencionado precepto. Siendo la primera resolución donde se asientan las bases sobre el empleo de los medios informáticos como herramienta de comisión de los delitos de odio.

## CAPÍTULO TRES-CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos podido comprobar el desarrollo y la repercusión que ha tenido el discurso del odio a nivel global. Lo que ha conllevado a que se hayan suscitado conflictos de diversa envergadura, provocando la reacción de los Estados Miembros y los Estados Extracomunitarios, los cuales han adoptado diversas medidas para evitar incurrir en los errores del pasado. No obstante, las posturas propuestas no han sido suficientes para solventar los problemas derivados de la persecución de esta figura delictiva. Tomando como referencia los siguientes aspectos mencionados a lo largo del trabajo.

1. La heterogeneidad normativa de los diferentes Estados Miembros sobre los discursos del odio ha provocado que se hayan suscitado confrontaciones entre los mismo, sin que la solución doctrinal adoptada por el TEDH haya disminuido este tipo de incidentes. Todo lo contrario, ha generado más inseguridad a la hora de sustentar su postura principalmente en criterios variables, como el contexto social, y no tanto en el contenido del mensaje vertido. Lo que ha provocado que existan diferentes resoluciones sobre un mismo supuesto.
2. La actual redacción del artículo 510 del CP dista bastante de las directrices marcadas por la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de noviembre, considerándose su regulación demasiado ambigua y difusa, ya que como vimos, en las seis figuras delictivas que se regulan en el precepto se encuadran varias conductas típicas cuya interpretación da lugar a un amplio margen de aplicación. Lo que puede acarrear la vulneración de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad religiosa o la libertad ideológica.
3. La aparición de las nuevas tecnologías ha derivado a la creación de nuevas modalidades delictivas. Lo que ha provocado que los Estados Miembros, y también los Estados Extracomunitarios, hayan adoptado nuevas herramientas jurídicas de carácter internacional, para evitar las posibles coyunturas que se pueden suscitar cuando los delitos se comentan en un Estado diferente al Estado donde se ha producido el daño, potencializando así el marco cooperación

internacional. Así mismo, los Estados a través de su normativa interna han tomado conciencia de la situación y han adoptado medidas de carácter jurídico, con el propósito evitar que se sigan promoviendo este tipo de actitudes.

4. El empleo de las redes sociales como fuente de difusión de los delitos de odio ha conducido a que se hayan habilitado otro tipo de medidas de carácter preventivo por parte de las plataformas sociales (Facebook, Instagram, Twitter, Snapchat), bloqueando las cuentas y los perfiles sociales de todos aquellos que difundan mensajes de contenido vejatorio. Si bien este tipo de medidas ha cosechado resultados bastantes positivos, nos encontramos con el problema del anonimato. El amplio margen de actuación que nos proporciona Internet conlleva a que no existan medidas que nos impongan la obligación de identificarnos. Por lo que muchos usuarios aprovechan de estas circunstancias y crean cuentas falsas para seguir divulgando contenido discriminatorio, como vimos en supuesto de hecho de la STS 72/ 2018. El acusado abrió otra cuenta en Twitter para seguir publicando mensajes de contenido machista. Esto es uno de los principales motivos por los que actualmente el número de resoluciones concernientes sobre esta materia es extremadamente escaso, destacando la anteriormente referenciada, ya que es la primera resolución donde se aplica el tipo agravado contemplado en el apartado 3 del artículo 510.

En lo referente a este último punto, nos encontramos en una tesitura bastante complicada, ya que a través de la Ley de Propiedad Intelectual se protege el derecho a poder utilizar seudónimos sin necesidad de publicar el nombre del autor, siendo un subtipo de la libertad de expresión. Aparentemente este derecho sólo protege a los autores de obras literarias, sin embargo, su interpretación se ha extrapolado también a los usuarios de las redes sociales. Lo que ha generado bastante controversia, llegando el asunto a la mesa del Congreso de los Diputados, donde se ha barajado la posibilidad de regular el derecho del anonimato a través de la Ley de Protección de Datos, para evitar que su ejercicio abusivo se convierta en un incentivo para ejecutar actos delictivos por las redes sociales<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> “El Gobierno podría prohibir el anonimato en redes sociales”, la razón, 28 de noviembre de 2018, disponible <https://www.larazon.es/economia/economia-digital/el-gobierno-podria-prohibir-el-anonimato-en-redes-sociales-KE20717629> (Consultado el 10 de diciembre).

## BIBLIOGRAFÍA:

**-A continuación, se señalará en negrita las palabras más representativas de los manuales cuyos títulos son demasiados extensos, expuestos en las notas al pie de página.**

*Alastuey Dobón Carmen*, Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015, RECPC, 18-14, 2016, pp.2-ss.

*Barrios Andrés Moisés*, **Delitos 2.0**, aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos, La Ley, Madrid, 2018.

*Bernal del Castillo Jesús*, **La discriminación** en Derecho Penal, Comares, Granada, 1998.

-, El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como forma del discurso del odio, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 16, 2016, pp.13-ss.

*Flores Prada Ignacio*, Prevención y solución de conflictos internacionales de jurisdicción en materia de ciberdelincuencia, RECPC, 17-21, 2015, pp. 1-ss.

*Landa Gorostiza Jon-Miren*, **Los delitos de odio**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

*Moretón Toquero M.<sup>a</sup> Aránzazu*, El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 27, 2012, pp. 12-ss.

*Muñoz Conde, Francisco*, DP, PG, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

*Pérez Estrada Miren Josune*, La investigación del delito a través de las nuevas tecnologías. Nuevos medios de investigación en el proceso penal, De la Cuesta Arzamendi JL. (dir.) / De La Mata Barranco NJ. (coord.), *Derecho Penal Informático*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 305-ss.

*Portilla Contreras Guillermo*, La represión penal del discurso del odio, Álvarez García, FJ. (dir.) / Manjón-Cabezas Olmeda, A./ Ventura Püschel, A. (coords), **Tratado** de Derecho Penal Español, parte especial, IV Delitos contra la Constitución, t IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 381-ss.

*Rodriguez Ferrandez* Samuel, Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio, *Miró LLinares, F. (dir.), Cometer delitos en 140 caracteres*, El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp.173-ss.

-, El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, 2014, pp. 188-ss.

*Velasco Núñez Eloy*, **Delitos** cometidos a través de Internet, La Ley, Madrid, 2010, pp.46-ss.

*Velasco San Martín Cristos*, **Jurisdicción** y competencia penal en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelincuencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

## **JURISPRUDENCIA:**

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

STEDH Caso Otto-Preminger Institut contra Austria, de 20 de septiembre de 1994.

STEDH Caso Wingrove contra Reino Unido de 25 de noviembre de 1996.

STEDH Caso Pavel Ivanov contra Rusia, de 20 de febrero de 2007.

STEDH Caso Soulas y otros contra Francia de 10 de Julio de 2008.

STEDH Caso Feret contra Bélgica, de 16 de Julio de 2009.

STEDH Caso Vejdeland y otros contra Suecia, de 9 de febrero de 2012.

STEDH Caso Dordevic contra Croacia, de 24 de julio de 2012.

STEDH Caso Bálazs contra Hungría, de 20 de octubre de 2015.



### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

STJUE Caso Wintersteiger AG contra Products 4U Sondermaschinenbau GmbH, de 19 de abril de 2012

STJUE Caso David L. Paris contra Trinity College Dublín y otros, de 24 de noviembre de 2016.

STJUE Caso Corman contra Rumanía, de 5 de junio de 2018.

### **Tribunal Constitucional.**

STC 214/1991, de 11 de noviembre.

STC 176/1995, de 11 de diciembre.

STC 235/2007, de 7 de noviembre.

### **Tribunal Supremo.**

STS 2005/73172, acuerdo de 3 de febrero

STS 314/2015, de 4 de mayo.

STS 72/2018, de 9 de febrero.

### **Audiencia Nacional.**

SAN 107/2014, de 7 de marzo.

SAN 2/2017, de 26 de enero.

### **Audiencia Provincial.**

SAP de Navarra 55/2017, de 21 de marzo.

SAP de Madrid 676/2017, de 30 de octubre.

**Juzgado de lo Penal.**

SJP de Pamplona 273/2016, de 11 de octubre.

SJP de Barcelona 357/2017, de 10 de octubre.

**Juzgado de Instrucción.**

SJI de Cerdanyola Vallés 25/2017, de 15 de marzo.