
Los delitos de odio en el ciberespacio

PID_00272608

Josep Maria Tamarit Sumalla
Nasserine Montornés Mataoui

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 3 horas



**Josep Maria Tamarit Sumalla**

Catedrático de Derecho penal en la Universitat Oberta de Catalunya, donde es director del Máster en Ciberdelincuencia. Su actividad de investigación se ha centrado básicamente en aspectos relacionados con la victimología, la justicia restaurativa y el sistema de sanciones penales. Tiene también varias publicaciones relacionadas con la delincuencia de motivación ideológica y los delitos de odio. Es coordinador del Grupo consolidado de investigación sobre el Sistema de justicia penal.

**Nasserine Montornés Mataoui**

Graduada en Criminología por la UOC y Máster en Sistema de Justicia Penal en la Universitat de Lleida. Se está formando en el Instituto de Seguridad Pública de Cataluña y es tutora del Máster en Ciberdelincuencia de la UOC.

El encargo y la creación de este recurso de aprendizaje UOC han sido coordinados por el profesor: Josep Maria Tamarit Sumalla (2020)

Primera edición: febrero 2020
© Josep Maria Tamarit Sumalla, Nasserine Montornés Mataoui
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2020
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Objetivos.....	5
1. Delitos de odio y ciberodio.....	7
1.1. Definiciones y diferenciación con otros términos	7
1.2. Los delitos de odio y su expansión en la red	9
2. Delitos de (ciber)odio. El marco normativo.....	12
2.1. Normativa internacional	12
2.2. Normativa europea	12
2.3. Normativa española	14
2.3.1. Los delitos de odio en el Código Penal	14
2.3.2. Sanciones no penales	18
3. Aspectos criminológicos y victimológicos de los delitos de odio.....	20
3.1. La medición de los delitos de odio	20
3.2. Perfil de las víctimas Efectos de la cibervictimización por odio	23
4. ¿Ciberodio o libertad de expresión?.....	25
5. La prevención del ciberodio y el apoyo a las víctimas.....	28
Ejercicios de autoevaluación.....	31
Solucionario.....	33
Bibliografía.....	34

Objetivos

Los objetivos que se pretende conseguir al concluir el estudio del presente módulo son:

- 1.** Conocer el proceso de aparición histórica de los delitos de odio y los conceptos básicos relacionados con estos.
- 2.** Conocer la normativa internacional, europea y española sobre delitos de odio.
- 3.** Conocer las peculiaridades de los delitos de odio en las TIC y las redes sociales.
- 4.** Comprender y adquirir elementos teóricos y discursivos para reflexionar críticamente sobre la tensión entre delitos de odio y libertad de expresión, singularmente en el ámbito digital.

1. Delitos de odio y ciberodio

1.1. Definiciones y diferenciación con otros términos

Una primera observación a la hora de estudiar la problemática de los delitos de odio es la ingente cantidad de información disponible en línea, contenida en una gran variedad de informes y documentos de diversas agencias públicas y privadas. Ello supone a la vez, como es obvio, una facilidad y una gran dificultad. En cuanto a las referencias fundamentales en el ámbito internacional y europeo debemos considerar los informes de la OSCE y de la FRA, la agencia europea sobre derechos fundamentales. Cabe tener en cuenta el liderazgo que ha tenido Europa en la lucha contra estos delitos, en comparación con Estados Unidos, donde la máxima protección de que goza la libertad de expresión ha supuesto una barrera ante leyes y políticas intervencionistas como las que se han aplicado en Europa. La preocupación de muchos sectores sociales ante los delitos de odio se ha visto acrecentada por el uso progresivo del ciberespacio como ámbito de difusión de ideas y mensajes que propagan el «discurso del odio», lo cual plantea evidentes dilemas morales y políticos, así como dificultades prácticas para hacer frente a sus manifestaciones más graves.

Un acercamiento adecuado a la problemática que plantean los delitos de odio exige ante todo una delimitación de los conceptos habitualmente utilizados.

1) **Odio:** el odio es una emoción humana que forma parte de la esfera interna del sujeto, cuya regulación y represión no es de la incumbencia de las leyes, especialmente de las leyes penales. En el contexto de la temática aquí tratada, el odio es la hostilidad hacia determinados grupos sociales por las características singulares que las distinguen del resto de la población o el odio a personas basado en su pertenencia a tales grupos.

2) **Delito de odio:** los delitos de odio suponen la realización de una conducta delictiva mediante la cual el autor expresa un mensaje de hostilidad o discriminación hacia un grupo social, que padece o ha padecido históricamente una situación de discriminación. Puede consistir en la comisión de un delito común con motivación de odio (por ejemplo, un homicidio o una agresión física) o en la realización de un delito específicamente tipificado como tal, por ejemplo, la provocación a la discriminación o la incitación a la violencia o al odio.

3) Discriminación: según la definición contenida en la **Observación General n.º 18 del Comité de Derechos Humanos de la ONU**, en relación con la prohibición de discriminación prevista en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, es

«toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en determinados motivos, como la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar gravemente el reconocimiento, el goce o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas».

4) Discurso de odio: según la definición contenida en la **Recomendación General n.º 15**, de 2015, sobre líneas de actuación para combatir el discurso de odio de la Comisión Europea contra la intolerancia y el racismo (ECRI) del Consejo de Europa, se trata de

«el uso de una o más formas de expresión específicas (por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones) basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual».

Pese a que abundan las definiciones y declaraciones en diversos documentos, incluso de carácter institucional, que no distinguen adecuadamente el discurso del odio del delito de odio, en el contexto criminológico y penal ambos conceptos deben ser nítidamente diferenciados. Se advierte con frecuencia que el discurso de odio es la antesala de los delitos de odio, pero un adelantamiento excesivo de la barrera de protección del bien jurídico puede llevar, como se verá, a la incriminación del mero discurso del odio y, por lo tanto, a su equiparación.

Lecturas recomendadas

Pueden consultarse las definiciones de discriminación directa, indirecta, por asociación o por error, racismo, xenofobia, antisemitismo, islamofobia, aporofobia, romafobia, sexo y género, orientación sexual, identidad sexual, entre otros conceptos, en el documento: *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio y discriminación* (2015): http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/manual_investigacion_delitos_odio.pdf

Aporta ciertos elementos de interés en las cuestiones conceptuales el documento titulado *Delitos de odio. Guía práctica para la abogacía* (2018), elaborado por la Fundación de la Abogacía Española: <https://www2.abogacia.es/wp-content/uploads/2018/12/GUIA-DELITOS-DE-ODIO.pdf>

Entre otros conceptos, recoge el concepto amplio de violencia de Galtung, en el que se incluye la violencia cultural y la estructural como parte oculta del iceberg de la violencia, cuyo vértice o parte visible corresponde a la «violencia directa». Esta construcción conceptual puede ser útil en el ámbito de la educación para la paz o en el de la prevención, pero no puede ser llevada al ámbito criminológico, ni mucho menos al jurídico-penal, donde es necesario poner límite a los peligros evidentes de una expansión y desbordamiento del concepto de violencia, más allá de lo que debe ser el interés legítimo de la política criminal de una sociedad democrática.

5) **Ciberodio:** es la propagación del discurso de odio o la difusión de expresiones que constituyan delitos de odio mediante las TIC. En sentido amplio, pueden incluirse en el concepto tanto las conductas delictivas como las que carecen de relevancia penal y forman parte del «discurso del odio»; en sentido estricto, el ciberodio solo incluye las conductas delictivas motivadas por el odio que, por su lesividad, se encuentran tipificadas penalmente, formando una subcategoría dentro de los delitos de odio (alude a esta doble concepción del ciberodio Moretón, 2012).

1.2. Los delitos de odio y su expansión en la red

La utilización de las TIC y, en particular, de las redes sociales para la realización y difusión de los delitos de odio ha despertado un creciente interés, dado el potencial de propagación que ello representa y el peligro de provocar la comisión de delitos *offline*. Son bien conocidos los factores de riesgo inherentes al ciberespacio, como el efecto de desinhibición y el anonimato, que explican la expansión que ha sufrido el ciberodio como consecuencia del acceso masivo de la población a las TIC. La popularización de las redes sociales ha representado una segunda etapa en el uso de internet con una inmensa capacidad de comunicación no solo vertical sino también horizontal, lo cual la hace un instrumento especialmente adecuado para la difusión del ciberodio (Miró, 2016). Pese a ello, la investigación que se realiza desde las ciencias sociales sobre este fenómeno y sus riesgos es todavía escasa. Los estudios hasta el momento, si tenemos en cuenta las publicaciones difundidas a nivel internacional, se ha centrado ante todo en los grupos de carácter racista y xenófobo, por ejemplo, las organizaciones de blancos supremacistas en Estados Unidos y su actividad en redes sociales, sitios web, blogs y mensajería electrónica, así como otros grupos terroristas o extremistas religiosos. Según han señalado Quandt y Festl (2016), los mensajes y las comunicaciones que contienen ciberodio sirven a diversas funciones, como la construcción y el fortalecimiento de la identidad del grupo, la distribución de mensajes de propaganda y adoctrinamiento, y el hostigamiento de miembros de otros grupos; sin olvidar una función de reclutamiento por parte de grupos u organizaciones extremistas o conseguir apoyos e influencia mediante la difusión de argumentos que permitan la justificación, la negación o la minimización de acciones delictivas.

En cuanto a los peligros derivados de la difusión del ciberodio, Citron y Norton (2011) han advertido de que puede contribuir a la erosión del discurso público, no solo mediante la agregación de comunicación destructiva o ataques de odio, sino también fijando estándares de referencia para la comunicación que pueden ser adoptados por otras personas en su forma de comunicarse en línea. Ello puede ser un proceso lento pero corrosivo, que mine los cimientos de la cultura democrática. A partir de las bases teóricas establecidas por Castells (2001), Perry y Olsson (2009) han relacionado la propagación del ciberodio con el desarrollo de las «ciberculturas» y las «comunidades virtuales». Según estos autores, el hecho de que la comunicación a través de internet no esté limitada por las fronteras nacionales permite que el «movimiento del

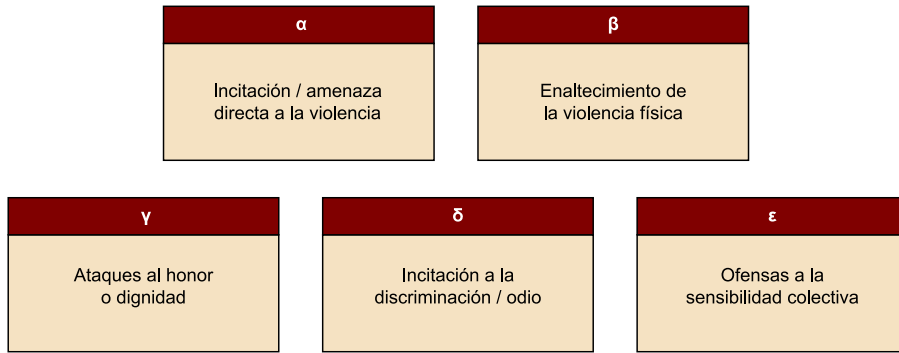
odio» genere una extensión de su identidad a nivel internacional, facilitando la aparición de una «subcultura racista de carácter global». Algunos estudios de tipo cuantitativo han revelado que el ciberodio tiene una presencia muy importante en algunas redes sociales; sirva de ejemplo el que llevó a cabo un equipo internacional en las redes Twitter y Whisper, utilizando algoritmos de búsqueda de palabras clave que les permitieron descubrir mensajes de contenido delictivo y otros que emitían juicios y descalificaciones dañinas para ciertas personas (Silva y otros, 2016).

En España, Miró (2016) ha elaborado una taxonomía de las comunicaciones violentas y del discurso del odio a través de internet, a partir de un estudio realizado sobre 250.836 mensajes de Twitter como reacción al atentado contra *Charli Hebdo* y sus trabajadores en París. Tras un examen de su contenido, detectó que tan solo 4.838, lo cual representa un 1,9 % del total, contenían algún tipo de mensaje calificable como ciberodio. De ellos, un 70,8 % fueron calificados como mensajes de comunicación violenta y un 29,2 % contenían discurso de odio. Miró distingue cinco clases de mensajes, dependiendo de que su contenido sea considerado como:

- 1) incitación directa a la violencia o amenaza de usarla;
- 2) enaltecimiento de la violencia física;
- 3) ataques al honor o a la dignidad;
- 4) incitación a la discriminación o al odio; y
- 5) ofensas a la sensibilidad colectiva.

La clasificación parte de una distinción «entre aquellos actos de habla, imágenes y demás expresiones comunicativas que conllevan una capacidad de daño, en un sentido de daño físico o de daño a intereses personales como la vida o la salud, y aquellas otras expresiones cuya criminalización deriva del daño moral (no físico, o no a intereses personales como la vida o la salud) que las mismas causan» (Miró, 2016), lo cual sugiere una diferenciación de carácter valorativo, que tiene en cuenta la existencia de bienes jurídicos protegidos y de su grado de afectación.

Taxonomía de la comunicación violenta y del discurso del odio en internet



Fuente: Miró, 2016.

2. Delitos de (ciber)odio. El marco normativo

2.1. Normativa internacional

Suele considerarse la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, de 10 de diciembre de 1948, tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, como punto de arranque del movimiento internacional contra los delitos de odio, aunque el principio de la igualdad y el respeto a las minorías se encuentran ya con anterioridad en las primeras declaraciones de derechos. Con posterioridad, la norma de mayor relevancia a escala mundial ha sido la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965, que prohíbe la discriminación racial contra individuos, grupos e instituciones. En virtud de la adhesión al Tratado, los Estados condenan la segregación racial y el *apartheid*, además de las ideas e ideas supremacistas, y se comprometen a declarar como acto legalmente punible toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro (art. 4). La Convención creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que elabora informes y recomendaciones para asegurar su cumplimiento.

Forma también parte del acervo normativo internacional el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, de 16 de diciembre de 1966. Además, sin la fuerza jurídica de un tratado internacional, debe destacarse la **Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones**, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 25 de noviembre de 1981. Según lo dispuesto en su art. 4, los Estados deben adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural, además de hacer todos los esfuerzos necesarios por promulgar o derogar leyes a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo y combatir la intolerancia. También deben considerarse las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, como la **Resolución 32/2**, de 30 de junio de 2016, sobre protección contra la violencia y la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.

2.2. Normativa europea

Las normas emanadas del Consejo de Europa parten del **Convenio Europeo de Derechos Humanos**, de 4 de noviembre de 1950, y tienen como elemento fundamental el **Protocolo adicional número 12** al referido Convenio, aprobado el 4 de noviembre de 2000 y en vigor desde el 1 de abril de 2005, con

el objetivo de intensificar la protección contra la discriminación. De igual importancia en lo que concierne al ciberodio y con rango de tratado internacional es el **Convenio sobre ciberdelincuencia**, de 23 de noviembre de 2001, con el **Protocolo adicional** de 28 de enero de 2003, que obliga a los Estados a tipificar como delito cualquier publicación de carácter racista o xenófobo divulgada a través de redes informáticas. Este protocolo, ratificado por España en 2013, obliga a adoptar leyes que sancionen penalmente las amenazas e insultos de tipo racista o xenófobo y las expresiones de justificación, minimización y banalización de los más graves delitos de este tipo. Por otra parte, y con inferior rango jurídico, deben considerarse también las recomendaciones del Comité de Ministros; concretamente la **1997/20**, del 30 de octubre de 1997, sobre el discurso de odio, y la **2010/5** para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género, del 31 de marzo de 2010.

En el ámbito de la Unión Europea, se dictó 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. Según esta norma, los Estados deben tipificar como delito las siguientes conductas (artículo 1), para las que deben prever sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias:

«a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;

b) la comisión de uno de los actos a los que se refiere la letra a) mediante la difusión o el reparto de escritos, imágenes u otros materiales;

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal y como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro de este;

d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro de este.»

La DM de 2008 impone también a los Estados que garanticen que la motivación racista o xenófoba sea considerada como circunstancia agravante o que los tribunales tengan en cuenta tal motivación en la determinación de la pena. Asimismo, requiere a los Estados la previsión de sanciones contra las personas jurídicas y prevé medidas que tengan en cuenta la comisión de estos delitos en el ciberespacio, de modo que los Estados extiendan su competencia para conocer estos delitos a

«los casos en los que la conducta se haya cometido por medio de un sistema de información y: a) el autor haya realizado la conducta estando físicamente presente en su territorio, independientemente de que en la realización de la conducta se utilizara o no material albergado en un sistema de información en su territorio; b) 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».

Por otra parte, la **Directiva 2017/541**, de lucha contra el terrorismo, ya examinada en el módulo anterior, prevé en su **artículo 21** que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias «para garantizar la rápida eliminación de los contenidos en línea albergados en su territorio constitutivos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo» y «procurarán obtener asimismo la eliminación de tales contenidos cuando estén albergados fuera de su territorio». El citado precepto prevé también que, si no es factible la eliminación en origen del contenido, los Estados podrán adoptar medidas para bloquear el acceso a dicho contenido por parte de los usuarios de internet dentro de su territorio, medidas que deberán establecerse por procedimientos transparentes y con garantías de necesidad y proporcionalidad, con posibilidad de recurso judicial.

Agencia de Derechos Fundamentales (FRA)

De especial importancia ha sido la creación de la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA), organismo de la Unión Europea con sede en Viena y cuyo objetivo es brindar asistencia y asesoramiento en materia de derechos fundamentales a las instituciones y órganos comunitarios y a los Estados miembros. Pueden consultarse en el sitio web de la Agencia los diversos informes sobre discriminación y delitos de odio, que incluyen los resultados de encuestas: www.fra.europa.eu.

2.3. Normativa española

2.3.1. Los delitos de odio en el Código Penal

Los delitos de odio en el **Código Penal español (CPE)** se centran fundamentalmente en la circunstancia agravante del artículo 22-4 y en el delito de provocación al odio y la discriminación del artículo 510. También se va a examinar el delito de apología del terrorismo del artículo 578.

1) Circunstancia agravante de discriminación

El CPE, como la mayor parte de legislaciones penales de los países occidentales, dispone de una circunstancia agravante genérica, prevista en el artículo 22-4 CPE, consistente en

«cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, 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».

Dada la naturaleza subjetiva de esta circunstancia agravante, fundada en el móvil del autor del delito, se acepta en general su aplicación en los casos de error de atribución por parte del ofensor. Así, por ejemplo, quienes agreden a dos hombres que se besan como signo de amistad por creer que son homosexuales (discriminación por error) y por este motivo cometerían un delito de odio que debería ser sancionado con la pertinente pena agravada.

Uno de los aspectos más controvertidos en la aplicación de la agravación son los casos de personas no pertenecientes a colectivos históricamente discriminados. Dada la configuración legal del agravante, nada se opone a ello, y sería contrario al principio de igualdad y al interés legal prevenir riesgos para la convivencia derivados de los delitos de odio que castigaran con mayor pena, por ejemplo, una agresión contra una persona de una religión minoritaria que una agresión a un católico motivada por razones religiosas en un país en que la mayoría profesa esta religión.

Tiene especial interés la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2019, relativa al denominado «caso Alsasua»**, por la que se condena a un grupo de jóvenes que agredieron a diversos miembros de la Guardia Civil. El Tribunal rechaza la aplicación del agravante del artículo 22-4, dado que la pertenencia a un cuerpo de policía no está prevista entre los motivos discriminatorios legalmente descritos. Los hechos probados consistieron en agresiones motivadas por ser las víctimas miembros de la Guardia Civil, por lo cual se condenó a los autores por un delito de atentado, de modo que la aplicación, además del agravante de discriminación, supondría castigar dos veces el mismo hecho («non bis in ídem»). Además, la sentencia entiende que el artículo 22-4 del CP, como manifestación del derecho antidiscriminatorio,

«otorga protección a las personas vinculadas a colectivos discriminados que se encuentran en desventaja para un desarrollo en libertad de su vida, evitando que ésta pueda sufrir una situación de discriminación por la mera pertenencia a un colectivo minoritario y vulnerable». Los colectivos a que alude el citado precepto «presentan unas situaciones objetivas de vulnerabilidad que el legislador tiene en cuenta para proteger de forma especial y conformar un modelo social de tolerancia y de convivencia pacífica, sancionando conductas que perturban o ponen en peligro esa convivencia pacífica, al tiempo que persigue conformar una sociedad basada en la necesaria tolerancia».

Dos magistradas emitieron votos particulares en los que sostenían que debía haberse aplicado la referida circunstancia agravante.

¿Aplicación inversa?

La aplicación de los delitos de odio al margen de la protección de colectivos históricamente discriminados, como autoridades o policías, había suscitado críticas, ante la preocupación por una expansión del ámbito de los delitos de odio. La consideración de la policía como colectivo que se debe proteger sería una forma de «aplicación inversa», por la cual se haría caer el peso de la represión penal sobre personas o colectivos que expresan hostilidad, resistencia o incluso excesos gestuales o verbales respecto a gobernantes o a adversarios políticos. Llevada esta aplicación al ámbito de los delitos del art. 510, al que os referimos a continuación, se estarían calificando, abusivamente, como «discurso de odio», con efectos de exasperación punitiva, conductas anteriormente calificadas como delitos penalizados solo con penas de multa, como las injurias, los ultrajes a la nación o sus símbolos, así como las ofensas contra las instituciones, dando lugar a una perversa reintroducción por la vía de hecho del delito de desacato, destipificado en 1995.

2) Delito de provocación al odio y la discriminación

En lo que atañe al artículo 510 del CPE, se trata de una figura delictiva introducida en el CP de 1995 que fue objeto de una profunda reforma mediante la LO 1/2015, caracterizada por una gran expansión del ámbito de conductas típicas. Además, se añadió al citado precepto el tipo delictivo de justificación del genocidio (anterior artículo 607-2), adaptado a la STC 235/2007 de 7 de

noviembre. La reforma responde en buena medida a la necesidad de adaptación a la DM 2008/913/JAI y es coherente con la evolución seguida por las legislaciones de otros Estados miembros. Esta evolución ha sido cuestionada desde sectores liberales y en España también por un importante sector de la doctrina penal. Así, como muestra, Portilla Contreras (2015) ha afirmado que estos delitos «simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología». El Grupo de Estudios de Política Criminal (2019) ha propuesto una reforma del artículo 510, partiendo de la premisa de que la libertad de expresión solo puede ser limitada ante declaraciones que impliquen un daño o lesión de un bien relacionado con la autonomía personal, suponga esta una amenaza o intimidación o represente una incitación a la comisión de un delito.

Reforma del art. 510 propuesta por el GEPC

El GEPC reclama una restricción de la intervención penal de modo que la penalización del discurso del odio se limite a los casos de incitación pública y directa a la comisión de delitos o una calumnia contra los miembros de grupos o asociaciones y por motivos discriminatorios, lo cual debería llevar a excluir la sanción penal de expresiones que simplemente fomenten o favorezcan la creación de climas de hostilidad y violencia. Además, la propuesta del Grupo exige que se genere un riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de los delitos expresados en el precepto, en consonancia con el art. 5 de la Directiva (UE) 2017/541 de 15 de marzo de 2017 y con una necesaria interpretación restrictiva de los fines perseguidos en la interferencia legítima de la libertad de expresión por la Corte europea de derechos humanos (véase, por ejemplo, *Perinçek v. Switzerland* 27510/08, de 15 de octubre de 2015, 151; *Dmitriyewskiy v. Russia* 42168/06 de 29 de enero 2018, 86).

Los tipos delictivos descritos en el artículo 510-1 del CPE están referidos a las conductas previstas en la DM 2008/913/JAI:

- la incitación al odio,
- la producción, elaboración o posesión de materiales idóneos para fomentar el odio, y
- la negación, trivialización o enaltecimiento del genocidio y delitos afines.

El 510-2 tipifica, además, hechos que van más allá de los supuestos previstos en la DM, para los que prevé penas de menor gravedad. Tras la reforma de 2015, el artículo 510 incluye en el ámbito de lo típico los supuestos de incitación indirecta, remite en primer lugar al odio y la hostilidad y refiere estos sentimientos, así como la violencia o discriminación provocada no solo a un grupo, sino también a personas individuales por razón de su pertenencia a tal grupo. Esta ampliación responde a la preocupación ante los fracasos derivados de pronunciamientos absolutorios basados en la falta de prueba respecto a que el mensaje de odio tuviera como destinatario todo un colectivo. En esta clave deben entenderse las presiones que se ejercieron en el proceso legislativo para tipificar de modo explícito la provocación indirecta. El legislador de 2015 también ha ido más allá de los mínimos de penalización previstos por la DM al incluir otros motivos de discriminación, como la situación familiar, el sexo, la orientación o identidad sexual o por razones de género, enfermedad o discapacidad.

La provocación debe ser interpretada según el sentido del artículo 18 del CPE, exigiendo que la conducta se lleve a cabo ante una concurrencia de personas o por algún medio que garantice la publicidad, tal como expresamente requiere el tipo. La publicidad se dará también en las manifestaciones divulgadas mediante las TIC, no solo por su exposición en una web o blog de acceso abierto, sino también a través de las redes sociales con acceso restringido a usuarios registrados, siempre que el mensaje pueda ser transmitido a un amplio y relativamente indeterminado número de personas, tal como se desprende de lo previsto en el artículo 18, que se refiere a un medio de eficacia semejante a una imprenta y a una «concurrencia de personas». Es obvio que la capacidad de divulgación de ciertas redes sociales es incluso superior a la de una reunión con un gran número de personas.

La tipificación de la acción de facilitar a terceros el acceso responde a la vocación expansiva y de adelantamiento de la barrera de protección, con lo que probablemente se pretendía combatir la propagación del «discurso del odio» a través de webs, pero tiene como efecto la elevación a delito de conductas materialmente constitutivas de cooperación con un acto preparatorio de un acto preparatorio. Dada la amplitud del tipo, la definitiva determinación del carácter delictivo de los hechos dependerá básicamente del control de idoneidad que deberá efectuar el órgano jurisdiccional sobre la base de los elementos probatorios disponibles y valorando si el contenido de los materiales es idóneo para fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente, al odio, la hostilidad, discriminación o violencia, referidos estos al mismo ámbito de sujetos previstos en la letra *a*) del artículo 510. La capacidad de restricción de lo típico de esta cláusula de adecuación es mínima, pues el tipo delictivo no exige una idoneidad concreta en función de un contexto y de destinatarios determinados (como sí ocurre en los tipos del artículo 510-1, *a*) o del artículo 510-1, *c*)), sino una idoneidad abstracta, que básicamente deriva del propio contenido de los materiales sometidos al proceso judicial (Tamarit, 2018).

3) Apología

También puede considerarse como una manifestación de los delitos de odio el tipo delictivo de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas del artículo 578 del CPE. Esta figura delictiva fue introducida en el CPE mediante la LO 7/2000, de 22 de diciembre, con la cual se abría paso una reacción penal específica ante la apología del terrorismo, cuyo carácter típico dejaba de estar condicionado por la concurrencia de provocación al delito, en los términos del artículo 18 del CPE. Posteriormente, la LO 2/2015, de 30 de marzo, ha introducido nuevos contenidos en el precepto dirigidos a reforzar la reacción penal, sin alterar los elementos básicos constitutivos del delito.

El artículo 578 del CPE tipifica dos conductas: el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos de terrorismo o de sus autores o partícipes y la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las

Penalidad

El art. 510-6 del CPE prevé, con carácter preceptivo, la imposición de una nueva pena, la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier clase de soporte objeto del delito o por medio de los cuales se hubiera cometido. El tribunal sentenciador deberá además ordenar la retirada de los contenidos cuando el delito se hubiera cometido a través de las TIC. Puede incluso en estos casos ordenarse el bloqueo del acceso o la interrupción de su prestación si el tribunal aprecia que a través de un portal se difunden contenidos delictivos de modo exclusivo o preferente. Esta intervención, reclamada por significativos sectores sociales y profesionales como arma para evitar la propagación del discurso del odio, ha sido cuestionada desde un sector de la doctrina penal. Portilla Contreras (2015) la considera una forma de censura propia de un Estado autoritario.

víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Las dos conductas tienen prevista la misma pena, aunque algunos autores han destacado su «desigual significación» y «distinta lesividad» (García Albero, 2016).

La segunda modalidad típica del artículo 578 del CPE (actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas) ha sido a veces interpretada como una forma especial de injuria, en tanto que ofensa al honor o a la dignidad de las víctimas. Sin embargo, esta interpretación debería llevar a criticar la previsión de una penalidad mucho más elevada que la del delito de injurias (artículo 209 del CPE), que no va más allá de una pena de multa, pues suponer que una persona por el hecho de haber sido víctima tiene más dignidad u honor entraña una vulneración del principio de igualdad, al que se encuentra estrechamente vinculado el principio de dignidad humana. La diferencia punitiva debe explicarse, pues, indagando de otro modo el contenido injusto de estas conductas, ante lo cual la doctrina ha planteado diversas vías (Tamarit, 2018).

La reforma de 2015 ha previsto una nueva cualificación (artículo 578-2) cuando las conductas se lleven a cabo a través de medios de comunicación, internet, comunicaciones electrónicas o uso de las TIC. También ha incluido en el número 4 una serie de medidas encaminadas a evitar el carácter permanente de la ofensa que deriva de su comunicación en línea, mediante la destrucción, el borrado o la inutilización de los archivos o soportes, así como la retirada de los contenidos cuando el delito se hubiera cometido a través de las TIC. Algunos autores han criticado la confusión y contradicción que supone que en principio se prevea la retirada de contenidos con carácter preceptivo y después, en el párrafo segundo, la medida resulte facultativa. Ello puede resolverse interpretando que la medida es facultativa para el tribunal sentenciador solo en lo que afecta a las órdenes de retirada del servicio, a la supresión de enlace y al bloqueo de acceso, mientras que la mera retirada de contenidos es preceptiva (García Albero, 2016).

2.3.2. Sanciones no penales

Además de las normas penales, que deben respetar el carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal, debe tenerse en cuenta la actividad legislativa desplegada por el Estado y las comunidades autónomas, que prevén sanciones de carácter administrativo y en el ámbito laboral. Entre ellas, cabe destacar el **Decreto Legislativo 5/2000**, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la **Ley 49/2007**, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la **Ley 19/2007**, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, desarrollada reglamentariamente mediante el **Real Decreto 203/2010**, de 26 de febrero.

En el ámbito autonómico se han dictado múltiples leyes mediante las cuales se recurre al derecho administrativo sancionador contra conductas discriminatorias hacia diversos colectivos protegidos, especialmente el colectivo LGTBI. Como muestra de ellas, cabe hacer referencia a la **Ley 11/2014**, de 10 de octubre, del Parlament de Catalunya, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, bisexuales, personas transgénero e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. La Ley prevé un catálogo de infracciones. Las de mayor gravedad, calificadas como «muy graves», son (artículo 34): *a)* el acoso o el comportamiento agresivo hacia personas o sus familias por causa de su orientación social, la identidad de género o la expresión de género; y *b)* convocar espectáculos públicos o actividades recreativas que tengan como objeto la incitación al odio, la violencia o la discriminación de las personas LGTBI. Uno de los aspectos más polémicos de la Ley ha sido la cláusula que dispone la inversión de la carga de la prueba a la hora de apreciar la existencia de una situación discriminatoria, de modo que cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación por los motivos indicados y aporte indicios fundamentados corresponderá a quien se impute la infracción o situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Debe aclararse, no obstante, que esta cláusula no es aplicable a los procedimientos sancionadores de la Administración, ni, por supuesto, a los penales.

3. Aspectos criminológicos y victimológicos de los delitos de odio

3.1. La medición de los delitos de odio

En lo que atañe a datos oficiales sobre delitos de odio en España, desde 2013 el Ministerio del Interior incluye en su Anuario un capítulo dedicado a estas infracciones, y publica, además, como documento independiente, el **Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España**. Según el informe de 2018, se denunciaron en todo el año 1.598 delitos de odio, de los cuales resultaron esclarecidos un 55 %. La mayor parte de ellos se produjeron en la vía pública (574) y viviendas (323). Tuvieron lugar en menor medida en establecimientos (208), espacios deportivos (97) y centros religiosos (35), entre otros. Las víctimas fueron hombres en un 63,5 % y de nacionalidad española en un 76 %, siendo el grupo de edad más afectado el de las personas comprendidas entre 26 y 40 años (455). Las motivaciones más prevalentes fueron la ideología y el racismo o la xenofobia (531).

Motivación	2017	2018
Ideología	446	596
Racismo/xenofobia	524	531
Orientación sex./identid. género	271	259
Creencias y prácticas religiosas	103	69
Discriminación género	35	71
Discriminación discapacidad	23	25
Aporofobia	11	14
Antisemitismo	6	9
Discriminación por ageism	0	16
Discriminación por enfermedad	0	8
Total	1.419	1.598 Incr. 12,6 %

Fuente: Anuario Ministerio del Interior (2018)

	Hombres	Mujeres
Ideología	413	165
Racismo/xenofobia	247	215

Fuente: Anuario del Ministerio del Interior (2018)

	Hombres	Mujeres
Orientación sexual / id. gén.	213	99
Discriminación sexo /gén.	38	32
Total	988	564

Fuente: Anuario del Ministerio del Interior (2018)

En cuanto a los autores, en su mayoría fueron hombres (84,5 %), de nacionalidad española (79,7 %) y jóvenes, siendo el grupo de edad más numeroso el de los comprendidos entre 18 y 25 años (33 %).

Los delitos denunciados son la punta del iceberg de una realidad que en su mayor parte no llega a ser conocida oficialmente, especialmente por el sistema de justicia penal. El informe recoge específicamente datos referidos al discurso del odio, con un total de 124 casos, en su mayor parte motivados por la ideología (44), el racismo o la xenofobia (22), la discapacidad (22) y la orientación o identidad sexual (21). Estos hechos habrían sido cometidos a través de internet en un 42 % de los casos, por telefonía en un 21 % y en redes sociales en un 15,4 %. Caben dudas sobre a lo que se refiere el grupo más numeroso de casos, designado como «internet». Asimismo, resulta poco esclarecedor el dato referido al tipo de delito, ya que el grupo más numeroso de casos corresponde a «otros».

Por otra parte, la Fiscalía General del Estado, en sus memorias anuales, aporta información sobre la actividad de los fiscales delegados para delitos de odio. Según la memoria de 2017, en 2016 se incrementaron las denuncias por delitos de odio a través de internet y las redes sociales, pasando los procedimientos incoados de 40 (en 2015) a 99. Una parte importante de este incremento corresponde a los contenidos ilícitos encuadrables en el discurso del odio. El dato diverge de la evolución reflejada en el informe del Ministerio del Interior, según el cual las denuncias disminuyeron entre 2015 y 2016.

En cuanto a las sentencias por delitos de odio, la memoria refleja una tasa de condena que se situaría en torno al 20 % respecto al total de hechos denunciados, con tan solo 35 sentencias condenatorias¹, 16 por delitos en los que se apreció el agravante del artículo 22-4 del CPE y 11 por delito de trato degradante (artículo 173). No se recogen datos de cuántos delitos estarían relacionados con las redes sociales, aunque es fácil deducir que serían pocos. Tan solo se registran 3 casos del artículo 510, y no aparecen registrados los de enaltecimiento del terrorismo (578). La memoria pone en cuestión la carencia de un sistema informático que permita una mejor gestión y coordinación de la persecución contra estos delitos y resalta la importancia de la relación entre los fiscales delegados y las organizaciones sociales dedicadas a combatir estos delitos.

⁽¹⁾ La memoria no explicita que sean condenatorias, aunque así cabe deducirlo de los 82 casos registrados en los que la Fiscalía formuló acusación (Memoria FGE, 2017, p. 743).

Uno de los problemas para conocer y combatir los delitos de odio es la baja tasa de denuncias. Una encuesta de la FRA a 23.500 personas de minorías raciales o étnicas e inmigrantes en el ámbito de toda la UE, dada a conocer en 2009, reveló que el 12 % de las personas encuestadas habían experimentado en el último año un hecho delictivo. De ellas tan solo el 18 % había presentado denuncia, lo cual representa una tasa de denuncia muy inferior a la que aparece habitualmente en las encuestas de victimización de la población general. Posteriormente, la propia Agencia Europea pasó una encuesta en línea a personas LGTB que obtuvo 93.079 respuestas. Según los resultados de la encuesta (FRA, 2012), un 47 % de los entrevistados manifestó que se había sentido discriminado o acosado a causa de su orientación sexual durante el año anterior, un 19 % había padecido acoso y un 6 % había sido agredido o amenazado con violencia total o parcial a causa de su condición LGTB. Tan solo un 22 % denunció los hechos. Además, en una encuesta a más de 16.000 judíos de 12 Estados de la Unión (FRA 2018) se halló que un 28 % había experimentado acoso antisemita en el año anterior, siendo más elevado el porcentaje (un 37 %) entre aquellos que llevaban objetos que permitían identificarlos en público como judíos. Tan solo un 21 % denunció los hechos.

Un indicio de la baja tasa de denuncia lo encontramos en la **Encuesta de seguridad pública de Catalunya**. La edición de 2016, referida al año 2015, incluyó por primera vez una pregunta sobre los motivos en los casos de agresión. El resultado fue que en un 12 % de agresiones declaradas habría habido un motivo de género y en un 12 %, un motivo ideológico. Las agresiones relacionadas con «motivos de odio» experimentaron un significativo incremento en la siguiente edición (2018), referida a 2017. Las agresiones con motivación ideológica llegaron hasta el 22,3 %, mientras que las relacionadas con el género llegaron hasta el 20,9 %. El género se entiende en la encuesta como el hecho de ser mujer (en un 84,4 % de casos o de ser hombre, en un 15,6 %). Además, se duplicaron las agresiones motivadas por la raza, etnia o color de piel (del 3,2 % en 2015 al 6,6 % en 2017), manteniéndose estables las relativas a la religión (5,9 %) y la orientación sexual (2,3 %). El incremento de las agresiones por odio hay que valorarlo, además, teniendo en cuenta que se inscribe en un contexto de incremento de los delitos contra las personas.

Los motivos para no denunciar esta clase de delitos son en parte comunes a otros, pero hay aspectos específicos relacionados con el tipo de víctimas y de victimización propia de los delitos de odio. Los motivos apuntados por la investigación criminológica, básicamente a partir de encuestas de victimización, son los siguientes:

- 1) La víctima no tenía conciencia del carácter delictivo del hecho. Este motivo tiene relevancia respecto a personas pertenecientes a colectivos con un historial de discriminación, que pueden haber normalizado el trato discriminatorio secularmente sufrido y además pueden tener escasos conocimientos respecto a la ley.

- 2) La víctima no confía en las autoridades ni, particularmente, en la policía. La desconfianza es en gran parte consecuencia del historial de discriminación a que nos hemos referido y a la visión de la policía como encarnación de la mayoría social y de los valores tradicionales, con arraigados estereotipos de carácter racista, homófobo o machista.
- 3) La víctima no quiere revelar su identidad sexual o su pertenencia a una minoría cultural o lingüística. Además de estos motivos, debe tenerse en cuenta la timidez como poderosa barrera intrapersonal.
- 4) La víctima considera que el hecho no es grave.
- 5) La víctima cree que la denuncia no va a aportar beneficios.
- 6) La víctima es una persona sin arraigo social, lo cual se manifiesta especialmente en los inmigrantes sin papeles o en las personas sin hogar, colectivos con especial riesgo de victimización motivada por odio.
- 7) La víctima tiene miedo a represalias.
- 8) Respecto a los delitos cometidos en el ciberespacio debería añadirse un motivo, relacionado con el efecto de normalización que deriva del carácter masivo de los mensajes con contenidos de ciberodio.

3.2. Perfil de las víctimas Efectos de la cibervictimización por odio

Según se ha visto, mediante la conducta calificada como delito de odio el autor expresa un mensaje de odio o discriminación hacia un grupo social. Una característica esencial de esta clase de delitos es que la víctima es seleccionada como consecuencia de una adscripción social que lo vincula a un determinado grupo. Es esa adscripción, derivada de su origen nacional o étnico u otras circunstancias relacionadas con su identidad, como el género, la orientación sexual o la ideología, la que convierte a la víctima en un objetivo atractivo para el autor. Asimismo, el grupo social al que, desde la percepción del autor, está vinculada la víctima directa, es destinatario del mensaje discriminatorio y víctima indirecta del hecho.

El ciberodio puede tener como objetivo los mismos colectivos que son susceptibles de delitos de odio en el mundo físico (*offline*). La investigación ha revelado que los grupos de mayor riesgo son minorías raciales y religiosas (particularmente musulmanes), sin olvidar a los miembros del colectivo LGTBI y miembros o simpatizantes de partidos políticos o de entidades deportivas, entre otros. En un estudio llevado a cabo por un equipo internacional (Silva y otros, 2016) de los mensajes de odio detectados en las redes Whisper y Twitter, se halló que la mayor parte de mensajes tenían como destinatarios a personas elegidas como objetivos por sus características raciales, relativas a su

comportamiento o a sus características físicas. Atrás quedaban los mensajes de odio basados en el sexo, la orientación sexual, la religión, la ideología o el origen nacional. En la distribución de los colectivos afectados por el ciberodio se apreció un alto grado de concordancia en las dos redes examinadas.

La investigación criminológica ha señalado que un elemento intrínseco a esta experiencia de victimización es el mensaje intimidatorio, donde las características individuales de la víctima no son relevantes en comparación con el significado social que esta tiene. El objeto de la agresión por odio no es lo que la víctima es individualmente, sino lo que ella representa (Garland, 2011). Según algunos enfoques, las ideas de jerarquía y dominación son inherentes a la victimización por odio, pues la violencia se ejerce como expresión de la actitud social hegemónica que perpetúa la subordinación de ciertos grupos y se trata de una violencia «punitiva» que tiene la función de recordar a los miembros de estos grupos la posición que les corresponde en la sociedad (Perry, 2009). Sin embargo, esta perspectiva ha sido discutida con el argumento de que no se adecúa a la violencia y los abusos que tienen como objeto personas con discapacidad, ancianas o sin hogar, en las que la selección de estas como objetivos tiene que ver con el propio hecho de su vulnerabilidad y de que se adecúan en mayor medida a la imagen social de la «víctima ideal» (Chakraborti y Garland, 2012).

Otro aspecto estudiado desde la investigación victimológica ha sido el de si el componente de odio de un delito supone un daño adicional para la víctima. Un estudio elaborado a partir de la *Encuesta británica de victimización* reveló que muchas víctimas de delitos de odio sufren un mayor impacto emocional que las de delitos similares pero sin esta clase de motivación. Sin embargo, ello no puede afirmarse de todas ellas, por lo que no son recomendables respuestas jurídicas o institucionales estereotipadas basadas en presunciones. Por otra parte, en comparación con otros delitos sin motivación discriminatoria, las víctimas de delitos de odio muestran mayor propensión a sufrir miedo, niveles elevados de depresión, ansiedad, pérdida de confianza, insomnio y reducción de los niveles de bienestar (Iganski y Lagou, 2015). Para comprender este impacto diferencial del delito de odio debe tenerse en cuenta la dimensión social inherente a la victimización. Así, por ejemplo, para una persona que sufre un ataque racista por el hecho de sus orígenes el delito no significa tan solo la agresión y las posibles lesiones derivadas, sino el recordatorio doloroso de la herencia cultural de discriminación y estigmatización de su grupo.

4. ¿Ciberodio o libertad de expresión?

La lucha contra el ciberodio plantea dificultades derivadas de la preeminencia que ocupa la libertad de expresión como principio fundamental de una sociedad democrática. El Tribunal Constitucional español (TCE), siguiendo la emanada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como han hecho otros Estados democráticos, ha establecido con claridad la posición preferente de la libertad de expresión en una sociedad democrática y pluralista, que requiere como condición indispensable que se garanticen las condiciones para que los ciudadanos puedan formarse su opinión libremente. Sin embargo, los países europeos han adoptado en general una actitud distinta a la de Estados Unidos, al aceptar la posibilidad de limitar la libertad de expresión ante manifestaciones de odio hacia colectivos que merecen también una protección especial como condición para la preservación de la igualdad, la tolerancia y el pluralismo, valores que gozan también del máximo rango en una sociedad democrática.

En esta línea, el TCE ha dado muestras de una evolución hacia una concepción expansiva y criminalizadora del discurso del odio, como refleja la **sentencia número 177/2015**, de 22 de julio, según la cual:

«Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado “discurso del odio” son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes».

En esta resolución el TCE aceptó que

«quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no solo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio».

Esta posición mayoritaria (se emitieron tres votos particulares) ha sido criticada por Alcácer Guirao (2016, 2018), denunciando la deriva hacia un peligroso uso abusivo del argumento del discurso del odio, que pone en cuestión el carácter preferente de que goza la libertad de expresión en la Constitución. Esta posición ha sido posteriormente desautorizada por la Corte Europea de Derechos Humanos, que, en la **sentencia del 13 de marzo de 2018**, ha condenado a España por vulneración del derecho a la libertad de expresión. La Corte, por unanimidad, ha entendido la quema de la imagen del rey como una forma de crítica política de la monarquía y del reino de España como nación, que no puede ser castigada con pena de prisión en la medida en que no entraña una incitación al odio o la violencia ni debe ser interpretada como expresión del discurso del odio.

Por otra parte, el TCE, en la **sentencia 112/2016**, ha confirmado (también con votos particulares) la constitucionalidad del artículo 578 del CPE, concluyendo que la penalización del enaltecimiento del terrorismo constituye una legítima injerencia en la libertad de expresión en la medida que pueda considerarse como manifestación del discurso del odio. Sin embargo, pese a esta reiterativa jurisprudencia constitucional, una adecuada interpretación de esta modalidad típica debe tener en cuenta la Directiva UE/2017/541, de 15 de marzo, sobre delitos de terrorismo. La norma europea prevé en su artículo 5 que

«los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos».

La exigencia de que concurra un riesgo, según la lógica propia de los delitos de peligro concreto, ajena al tenor literal del artículo 578 del CPE, reclama de los tribunales una interpretación restrictiva que excluya del ámbito de lo típico los actos que, como mínimo, no tengan ese potencial lesivo.

En relación con el ciberodio, Moretón (2012) ha advertido de las dificultades que supone su persecución con mecanismos jurídicos, dada la importante protección debida a la libertad de expresión, pues, según la jurisprudencia de la CEDH (sentencia Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976), la libertad de expresión abarca no solo la transmisión de las ideas o informaciones compartidas por la mayoría, sino también la de ideas inofensivas o que causan indiferencia, e incluso la de aquellas que «hieren, chocan o inquietan» al Estado o a una parte de la población. Además, no pueden olvidarse las dificultades prácticas, por lo que la autora alude a la necesidad de complementar las respuestas jurídicas con otra clase de mecanismos, como el recurso a las páginas de identificación y denuncia de sitios que albergan contenidos discriminatorios, la potenciación del papel de los moderadores de foros, el establecimiento de filtros que permitan detectar y evitar expresiones no deseadas, la publicación de las normas de acceso a los foros, la exigencia de algún tipo de identificación a los participantes o la implementación de sistemas de calificación de la fiabilidad de la información contenida en las páginas web para intentar diferenciar la información de calidad de la mera propaganda. También alude a

«los códigos de conducta reconocidos mundialmente, a los que pudieran acogerse las empresas de comercio electrónico o los proveedores de Internet, y acciones preventivas como medidas de información activas o instrumentos de seguimiento como, por ejemplo, las estadísticas, que permitan su análisis y, en su caso, su persecución por profesionales especializados» (Moretón, 2012).

Un análisis de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en casos de delitos de odio cometidos a través de las redes sociales (Tamarit, 2018) ha revelado que, a pesar de que existen criterios diversos entre los jueces, reflejados en algunos vaivenes y en votos particulares, se imponen como regla general las tesis más punitivas y restrictivas respecto a la libertad de expresión. Así, se

han dictado en los últimos años condenas por delitos de los artículos 578 y 510 contra individuos que han manifestado un lenguaje provocador y alejado de los cánones de la elegancia y la corrección política, a veces como medio de expresión de la rabia y la frustración existentes en cierto sector de la juventud. Por ello la jurisprudencia mayoritaria ha sido criticada con el argumento de que el derecho a la libertad de expresión comprende también el derecho a expresarse de modo inadecuado, incómodo e incluso hostil o hiriente para ciertas personas, y que el límite entre el discurso del odio reprobable y el odio penalmente relevante debería estar en el riesgo que su exteriorización puede entrañar de comisión de hechos delictivos, según la cláusula de idoneidad que deriva de la Directiva Europea de 2017.

5. La prevención del ciberodio y el apoyo a las víctimas

Diversas instituciones han emitido recomendaciones, guías y planes de prevención del ciberodio. En primer lugar, cabe destacar, en el ámbito del Consejo de Europa, el trabajo de la **Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia** (ECRI), dado que es la institución más importante.

La ECRI es un organismo de derechos humanos del Consejo de Europa, compuesto por expertos independientes, que se ocupa de los problemas de racismo, xenofobia, antisemitismo, intolerancia y discriminación, ya sea por motivos de origen, color, religión o idioma. Fue creada por la primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa y su estatuto fue adoptado por el Comité de Ministros de esta organización el 13 de junio de 2002. Se compone por 47 miembros nombrados en función de su independencia, imparcialidad, autoridad moral y experiencia en el tratamiento de cuestiones de racismo, discriminación racial, xenofobia, antisemitismo e intolerancia. Cada Estado miembro del Consejo de Europa designa a una persona para servir en la ECRI.

Su finalidad es la de elaborar recomendaciones de política general dirigidas a los Gobiernos de todos los Estados miembros. Entre las actividades generales destacan la supervisión de los países, el trabajo sobre temas generales y las relaciones con la sociedad civil. Aunque también mantiene relaciones especiales con autoridades independientes responsables de combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional (organismos especializados) y con organismos intergubernamentales relevantes, como la Unión Europea, las Naciones Unidas y la OSCE.

Así, una de las acciones llevadas a cabo por la ECRI es la **Recomendación General n.º 15** sobre líneas de actuación para combatir el discurso de odio, que en su recomendación número cinco hace especial atención al apoyo a las víctimas poniendo énfasis en la prestación de servicios de asesoramiento y orientación, así como en su derecho a la reparación.

En el ámbito de la Unión Europea, destaca el **Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet**. Este surgió para hacer frente a la proliferación del discurso de odio racista y xenófobo en línea, y la Comisión Europea y cuatro grandes empresas del sector de las TIC (Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube) presentaron el Código en mayo de 2016.

La sociedad en sentido amplio y, en particular, las organizaciones de la sociedad civil tienen un papel esencial que desempeñar en el ámbito de la prevención del auge del odio en internet mediante el desarrollo de discursos alter-

nativos que promuevan la no discriminación, la tolerancia y el respeto, especialmente a través de actividades de sensibilización. Es por ello por lo que las empresas de TIC apoyaron a la Comisión Europea y a los Estados miembros de la UE en el esfuerzo por responder al desafío de garantizar que las plataformas en línea no ofrezcan oportunidades al discurso de incitación ilegal al odio en internet, donde puede propagarse viralmente.

Este código es revisado por las empresas de TIC y la Comisión Europea de manera periódica, incluido su impacto, aspecto muy positivo teniendo en cuenta el avance y la dimensión de la tecnología y las redes sociales.

En el ámbito español, el **Plan de acción de lucha contra los delitos de odio** (2019), emanado del Ministerio del Interior, pone de manifiesto que la lucha contra la discriminación y la desigualdad es una prioridad para dicho organismo y, por ello, redobla sus esfuerzos para la adopción de políticas públicas en relación con los delitos de odio, siguiendo los criterios de organizaciones supranacionales como la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE o la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE.

Uno de los pasos más importantes en esta dirección ha sido la creación de la Oficina Nacional de lucha contra los «delitos de odio», formada por componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad. Desde el nacimiento de la Oficina, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado trabajan para una mejor identificación y registro de los delitos de odio, así como una mayor sensibilización en el tratamiento y apoyo a las víctimas.

Cabe mencionar también, en el ámbito estatal, la **Guía práctica para la abogacía sobre los delitos de odio**. Esta guía pretende orientar a abogados y abogadas en materia de delitos de odio. A lo largo del texto plantea la importancia de su actuación, ya que su ámbito en este caso es una disputa sobre el respeto a la igualdad de todas las personas, uno de los cimientos de los derechos humanos. Una actuación marcada por la casuística y, sobre todo, por el abanico de interpretaciones que se abre en el análisis jurídico. En palabras de Victoria Ortega, presidenta de la Fundación de la Abogacía Española, el conocimiento preciso de lo que son los delitos de odio en nuestro ordenamiento jurídico se ha convertido, más que en una necesidad, en una obligación para los penalistas.

Además, la guía hace especial referencia al Estatuto de la Víctima del Delito, diferenciando entre víctima directa e indirecta, teniendo en cuenta, además, los distintos tipos de victimización (primaria, secundaria y terciaria). Asimismo, se consideran las consecuencias de las víctimas en estos tipos delictivos y la problemática en la denuncia de esta tipología delictiva, dado que solo se llegan a denunciar el 10 % de los delitos de odio que se cometen.

Finalmente debemos reseñar algunas iniciativas que se han realizado, como el **Proyecto Online contra la Xenofobia y la Intolerancia en medios digitales** (PROXI). Este proyecto es una iniciativa de diversas entidades de derechos humanos para luchar contra el discurso del odio en internet. PROXI actúa contra el ciberodio a través de una estrategia de intervención en tres líneas paralelas:

- 1) Identificar y analizar el discurso del odio en los hilos de comentarios de noticias sobre inmigrantes y población gitana.
- 2) Contrargumentar el discurso del odio con la elaboración de un discurso alternativo basado en los derechos humanos.
- 3) Prevenir el discurso del odio en internet a través de la formación de jóvenes internautas.

Así, la contribución de PROXI a la tarea de prevención contra el odio se ha desarrollado a través de diferentes vías: intervención, análisis, sensibilización, formación y difusión de conocimiento. No obstante, la evaluación del impacto de PROXI presenta importantes dificultades, ya que desarrollar sistemas de análisis del efecto de sus intervenciones es una tarea pendiente.

Ejercicios de autoevaluación

Para que podáis comprobar el grado de consolidación que habéis alcanzado tras el estudio del material os proponemos contestar a diez preguntas tipo test.

1. Los delitos de odio son:

- a) Son una emoción humana que forma parte de la esfera interna del sujeto, cuya regulación y represión no es de la incumbencia de las leyes, especialmente de las leyes penales.
- b) Suponen la realización de una conducta delictiva mediante la cual el autor expresa un mensaje de hostilidad o discriminación hacia un grupo social, que padece o ha padecido históricamente una situación de discriminación.
- c) Son toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en determinados motivos, como la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social.
- d) Se definen por el uso de una o más formas de expresión específicas basadas en características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.

2. El ciberodio:

- a) Es la antesala de los delitos de odio, caracterizados por un adelantamiento excesivo de la barrera de protección del bien jurídico.
- b) Es cualquier discriminación directa, indirecta, por asociación o por error, racismo, xenofobia, antisemitismo, islamofobia, aporofobia, romafobia, sexo y género, orientación sexual o identidad sexual.
- c) Recoge el concepto amplio de violencia de Galtung, en el que se incluyen la violencia cultural y la violencia estructural, como parte oculta del iceberg de la violencia, cuyo vértice o parte visible corresponde a la «violencia directa».
- d) Es la propagación del discurso del odio o la difusión de expresiones que constituyan delitos de odio mediante las TIC.

3. ¿Cuál es el punto de arranque del movimiento internacional contra los delitos de odio?

- a) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965.
- b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.
- c) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
- d) La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 25 de noviembre de 1981.

4. La Agencia de Derechos Fundamentales (FRA) tiene su sede en:

- a) La Haya.
- b) Roma.
- c) Nueva York.
- d) Viena.

5. El Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España se realiza:

- a) Todos los años.
- b) Cada dos años.
- c) Cada cinco años.
- d) No hay periodicidad establecida.

6. Los delitos denunciados son la punta del iceberg de una realidad que en su mayor parte no llega a ser conocida oficialmente, sobre todo por el sistema de justicia penal:

- a) Verdadero. La cifra negra es elevada, más aún que la de otras formas de victimización. Un indicio de la baja tasa de denuncia lo encontramos en la *Encuesta de seguridad pública de Catalunya*.

- b) Falso. Algunas tipologías delictivas, como los delitos de odio, tienen, excepcionalmente, una alta tasa de denuncias.
- c) Verdadero. La mayor parte de los delitos de odio no son denunciados, lo cual constituye una excepción respecto a lo que sucede en la criminalidad violenta y sexual.
- d) Falso. Las acciones de las instituciones han conseguido en los últimos años un incremento muy relevante de la tasa de denuncia, en esta y otras formas de criminalidad.

7. La investigación victimológica ha estudiado si el componente de odio de un delito supone un daño adicional para la víctima, llegando a la conclusión de que:

- a) Las secuelas son las mismas en todas las víctimas.
- b) Las víctimas de odio tienen secuelas extremadamente graves, al constituir una tipología violenta.
- c) Muchas víctimas de delitos de odio sufren un mayor impacto emocional que las de delitos similares sin esta clase de motivación.
- d) Las víctimas de delitos de odio no tienen prácticamente secuelas, al entender que el odio no va dirigido a su persona sino al colectivo al que pertenecen.

8. Un análisis de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en casos de delitos de odio cometidos a través de las redes sociales ha revelado que se imponen como regla general las tesis más punitivas y restrictivas respecto a la libertad de expresión:

- a) Verdadero. Por ello la jurisprudencia mayoritaria ha sido criticada con el argumento de que el derecho a la libertad de expresión comprende también el derecho a expresarse de modo inadecuado, incómodo e incluso hostil o hiriente para ciertas personas.
- b) Falso. La mayor parte de sentencias dictadas en los últimos años por delitos de los artículos 578 y 510 han sido absolutorias.
- c) Verdadero. Ello es consecuencia obligada de la reforma del Código Penal de 2015, que introdujo una cláusula legal en la parte general que establece una limitación de la libertad de expresión en los casos de delitos de odio.
- d) Falso. El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional una parte del contenido de los artículos 578 y 510.

9. Los motivos para no denunciar los delitos de odio son en parte comunes a otros, pero hay aspectos específicos relacionados con el tipo de víctimas y de victimización propia de estos delitos. Indica cuál de los siguientes no es un motivo:

- a) La víctima cree que la denuncia no va a aportar beneficios.
- b) La víctima considera que el hecho es demasiado grave.
- c) La víctima no quiere revelar su identidad sexual o su pertenencia a una minoría cultural o lingüística. Además de estos motivos para no denunciar, debe tenerse en cuenta la timidez como poderosa barrera intrapersonal.
- d) La víctima no confía en las autoridades y, particularmente, en la policía. La desconfianza es en gran parte consecuencia del historial de discriminación al que nos hemos referido y a la visión de la policía como encarnación de la mayoría social y de los valores tradicionales, con arraigados estereotipos de carácter racista, homófobo o machista.

10. ¿Cuál de los siguientes documentos es más importante en el ámbito europeo?

- a) Recomendación General n.º 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso de odio (ECRI).
- b) El Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet.
- c) *Guía práctica para la abogacía sobre los delitos de odio*.
- d) Plan de acción de lucha contra los delitos de odio.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. d

3. c

4. d

5. a

6. a

7. c

8. a

9. b

10. a

Bibliografía

- Aguilar García, Miguel Ángel (dir.)** (2015). *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- Alcácer Guirao, R.** (2012). «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*.
- Alcácer Guirao, R.** (2016). «Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (págs. 18-21).
- Alcácer Guirao, R.** (2018). «Opiniones constitucionales». *InDret* (1/2018).
- Alonso Rimo, A.** (2010). «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales». *Revista de Derecho penal y Criminología* (vol. 4).
- Cabellos Espiérrez, M. A.** (2017). «¿Retuítar es delito? A propósito de la STS 2017». *Revista de Dret públic de Catalunya* (13/12/2017).
- Castells, M.** (2001). *The Internet galaxy: Reflections on the Internet, business, and society*. Nueva York: Oxford University Press.
- Citron, D. K.; Norton, H.** (2011). «Intermediaries and hate speech: Fostering digital citizenship for our information age». *Boston University Law Review* (vol. 91, n.º 4, págs. 1435-1484).
- Chakraborti, N.; Garland, J.** (2012). «Reconceptualizing hate crime victimization through the lens of vulnerability and difference». *Theoretical Criminology* (vol. 16, n.º 4, págs. 499-514).
- Correcher Mira, J.** (2017). «El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo». *Revista General de Derecho penal* (n.º 27).
- Fuentes Osorio, J. L.** (2017). «El delito como odio». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*.
- FRA** (2014). «EU- LGBT Survey». <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-eu-lgbt-survey-main-results_tk3113640enc_1.pdf>
- FRA** (2018). «Experiences and perceptions of antisemitism». <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-experiences-and-perceptions-of-antisemitism-survey_en.pdf>
- García Albero, R.** (2016). «Comentario al artículo 578». En: G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código penal español* (7.ª ed.). Pamplona: Aranzadi.
- García González, J.** (2015). «Oportunidad criminal, Internet y redes sociales». *InDret* (4/2015, págs. 1-32).
- Garland, J.** (2011). «Difficulties in defining hate crime victimization». *International Review of Victimology* (vol. 18, n.º 1, págs. 25-37).
- Gómez Martín, V.** (2012). «Discurso del odio y principio del hecho». En Mir Puig; Corcoy Bidasolo (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Grupo de estudios de política criminal** (2019). «Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión». *Documentos* (n.º 18). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Iganski, P.; Lagou, S.** (2015). «Hate crimes hurt some more than others: implications for the just sentencing of offenders». *Journal of Interpersonal Violence* (vol. 30, n.º 10, págs. 1696-1718).
- Landa Gorostiza, J. M.** (1999). *La intervención penal frente a la xenofobia*. Bilbao: Universidad del País Vasco.
- Landa Gorostiza, J. M.** (2001). *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*. Granada: Comares.

Mason, G. (2014). «The symbolic purpose of hate crime law: Ideal victims and emotion». *Theoretical Criminology* (vol. 18, n.º 1, págs. 75-92).

Miró Linares, F. (2011). «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (n.º 13).

Miró Linares, F. (2015). «La criminalización de conductas “ofensivas”: A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” al Derecho penal». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*.

Miró Linares, F. (2016). «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet». *Revista Internet, Dret i Política* (n.º 22).

Moretón Toquero, M. A. (2012). «El “ciberodio”, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión». *Revista jurídica de Castilla y León* (n.º 27).

Perry, B.; Olson, P. (2009). «Cyberhate: the globalization of hate». *Information & Communications Technology Law* (vol. 18, n.º 2, págs. 185-199).

Portilla Contreras, G. (2015). «La represión penal del discurso del odio». En: G. Quintero Olivares, *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi.

Quandt T.; Felst, R. (2016). «Cyberhate». <<https://www.researchgate.net/publication/289521178>>

Silva, L. y otros (2016). «Analyzing the Targets of Hate in Online Social Media». *Proceedings of the Tenth International AAAI Conference on Web and Social Media*.

Tamarit Sumalla, J. (2018). «Los delitos de odio en las redes sociales». *Internet, Dret i política*.

