



FACULTAD DE DERECHO

# **LOS DELITOS DE ODIO Y LAS REDES SOCIALES**

Autor: Inés Novoa López

5º E3 Grupo C

Derecho Penal

Tutor: Julián Carlos Ríos

Madrid

Abril, 2018

## **RESUMEN**

El objetivo de este trabajo es tener una visión global de los delitos odio analizando el concepto y sus principales características para después poder entender cómo están regulados en el ordenamiento español y por qué se ha optado por proteger determinadas características y colectivos penando un rango más amplio de acciones que las que estaban previstas en el anterior Código Penal. Estos delitos, están teniendo una gran repercusión actualmente debido a las redes sociales ya que aunque hace unos años era impensable que alguien fuera condenado por hacer unas publicaciones expresando sus ideas en una red social, a día de hoy son cada vez más los condenados por este tipo de delitos. Este estudio, nos permitirá también apreciar donde está el límite entre la libertad de expresión y la integridad de la persona viendo no sólo que opina el ordenamiento español sobre esto sino también organismos internacionales.

**Palabras clave:** Delitos de odio, redes sociales, libertad de expresión, derechos fundamentales, características protegidas, integridad.

The main objective of this thesis is to outline the hate crimes, specially the hate speech, analyzing how this crime is regulated in the Spanish law system and why some minorities and collectives are protected. After the last change in the Spanish Criminal Law Code, these crimes are more punished and the situations that can be prosecuted are more than before. Hate speech crimes are having a high repercussion lately because of the increase of the trials due to hate speech comments in social networks. This work will allow us to appreciate the limit between the freedom of speech right and the honor and integrity right seeing what multiple organizations think about these limits.

**Keywords:** Hate speech, social network, freedom of speech, human rights, protected characteristics, integrity.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN .....	4
2. LOS DELITOS DE ODIO.....	5
2.1. Concepto de delito de odio. ....	5
2.2. Las leyes sobre delitos de odio. ....	11
2.3. La selección de las características protegidas .....	13
2.4. Características protegidas. ....	15
2.4.1. Raza.....	15
2.4.2. Origen nacional, Origen étnico, Etnia:.....	17
2.4.3. Nacionalidad.....	17
2.4.4. Religión .....	18
2.4.5. Otras características protegidas .....	18
2.4.6. Conclusión.....	19
3. LOS DELITOS DE ODIO EN ESPAÑA.....	21
3.1. Bienes jurídicos protegidos.....	21
3.2. Características protegidas .....	21
3.3. El delito de odio como circunstancia agravante en el ordenamiento jurídico español .....	23
3.4. El delito de odio como delito sustantivo (art. 510 CP).....	24
3.4.1. Art. 510.1 CP.....	25
3.4.2. Artículo 510.2 CP.....	26
3.4.3. Resto de apartados del artículo 510 CP.....	27
4. LAS REDES SOCIALES.....	30
4.1. Casos de delitos de odio en redes sociales en España .....	32
4.2. La libertad de expresión en internet frente a los delitos de odio .....	34
5. CONCLUSIONES.....	38
6. BIBLIOGRAFÍA .....	40
1. Legislación.....	40
2. Jurisprudencia .....	40
3. Obras doctrinales .....	41
ANEXO 1 .....	43

## 1. INTRODUCCIÓN

Gracias al desarrollo social, económico y de las comunicaciones que ha tenido la sociedad durante el último siglo, podemos decir que vivimos actualmente en un mundo completamente globalizado en el que conviven personas de diferentes orígenes, culturas, creencias, tradiciones,... Esto supone un enriquecimiento de nuestra sociedad y tradiciones llevando a no solo aceptarlas sino en algunos casos a incorporar algunas de ellas a nuestra cultura haciéndola cada vez más rica y en constante cambio. Por ejemplo, en España, de los 46.549.045 habitantes que había en España a 1 de julio de 2017, 4.464.997 eran extranjeros lo que supone un 10% de la población<sup>1</sup>. Las ventajas de una sociedad diversa son innumerables pero hay ciertas personas que no aceptan tan fácilmente estos grupos diferentes y minoritarios y aprovechándose de esta situación dirigen numerosos ataques contra ellos.

A lo largo de la historia, estos tipos de actos han sido comunes y tristemente conocidos por lo que para evitar los errores que se cometieron en el pasado, se empezó a proteger a estos grupos minoritarios o en una situación de debilidad imponiendo penas a los delitos que iban dirigidos contra estos grupos o personas de esos grupos por el mero hecho de pertenecer a ellos. A día de hoy este tipo de delitos ocupa parte de los titulares de numerosos periódicos nacionales e internacionales, especialmente tras la última reforma del Código Penal mediante la que se recrudecieron las penas de estos delitos además de ampliar el número de supuestos protegidos por el tipo ya que por un lado están los defensores de la existencia de la tipificación de estos delitos mientras que otros abogan por la vulneración del derecho fundamental de la libertad de expresión. Además, la entrada en juego de las redes sociales, las cuales han democratizado el poder de informar, han supuesto un cambio en el paradigma ya que ahora todos podemos informar y expresar nuestras opiniones haciendo que lleguen a un amplio número de personas lo que supone también que una ofensa a un grupo determinado alcance a un elevado número de personas teniendo por ello consecuencias graves para los grupos atacados ya que su dignidad o integridad está vulnerada de un modo mayor.

---

<sup>1</sup> Datos INE (disponible en [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176951&menu=ultiD atos&idp=1254735572981](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176951&menu=ultiD atos&idp=1254735572981) última consulta el 13 de abril de 2018)

## 2. LOS DELITOS DE ODIO.

### 2.1. Concepto de delito de odio.

Para entender el propósito de este trabajo es necesaria una primera aproximación al concepto de delito de odio y el porqué de su necesidad en nuestro ordenamiento jurídico. El término de delito de odio puede ser descrito como un concepto más que como una definición legal. El concepto de delito de odio por ello, podría entenderse como el acto delictivo motivado por la intolerancia hacia ciertos grupos de la sociedad siendo gracias a este móvil por el que podemos distinguir entre un delito de odio de otro<sup>2</sup>.

Por ello, como ya hemos mencionado, un delito de odio está formado por dos elementos:

- La **infracción penal de base**, que consiste en la comisión de un acto constitutivo de delito de acuerdo a la legislación penal ordinaria y esta puede ser dirigida contra una o más personas o contra bienes.
- La **motivación** de realización del delito que es considerado un prejuicio hacia alguna característica específica de la víctima. Esta motivación es conocida también como el prejuicio subyacente y es el que tiene el agresor contra la víctima debido a una característica la cual representa una parte de una identidad colectiva común (raza, etnia, lengua, religión,...).

Esto implica que el autor ha elegido a la víctima por el mero hecho de tener alguna característica protegida. Las características protegidas son un tema complejo a la hora de elaborar la legislación sobre delitos de odio ya que no hay una lista tasada de características que deben ser protegidas además de que hay que atender a la historia y circunstancia de cada Estado para indicar qué debe ser considerado característica protegida y qué no.

Este tipo de delitos se diferencian de los demás no solo por la motivación sino también por el impacto sobre la víctima. Podemos destacar que el autor del delito escoge a la víctima debido a su pertenencia a un grupo lo que supone que las víctimas

---

<sup>2</sup>OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009, p. 20.

pueden ser intercambiables ya que estas han sido seleccionadas por el mero hecho de pertenecer a un grupo o comunidad<sup>3</sup>. Los delitos son cometidos como medio de intimidación no solo a la víctima si no también a su comunidad por sus características especiales que los diferencian de los demás. Además, los delitos de odio pretenden fragmentar y desestabilizar a las diferentes comunidades que conviven en sociedad enviando por parte del autor un mensaje a las víctimas indicando que no son queridos en esa sociedad y corren peligro, esto hace que estos delitos sean más graves que aquellos en los que el móvil no es la intolerancia<sup>4</sup>. Es necesario resaltar que las víctimas no solo tienen por qué ser personas ya que estos delitos pueden dirigirse contra bienes cuya propiedad está asociada a personas con características particulares, normalmente suele asociarse esto a lugares de rezo u oración pero puede incluir negocios o viviendas.

Como vemos los delitos de odio afectan al principio de igualdad entre los diferentes miembros de la sociedad. Este principio está reconocido por la Declaración de Derechos Humanos en sus artículos 1 y 2 en los cuales se indica respectivamente que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” y “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”<sup>5</sup>. El hecho de que sean los dos primeros artículos de la declaración los encargados de recoger este principio muestra la importancia que se le otorga, considerándolo por ello, base del resto de los derechos humanos ya que si no son iguales los seres humanos, no tiene ningún sentido reconocer más derechos a estos. Además si se observa en el ámbito

---

<sup>3</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009, p. 21.

<sup>4</sup> OSCE: *La Persecución Penal de los Delitos de Odio*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2014, p. 22.

<sup>5</sup> ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III).

global, el principio de igualdad está recogido en la mayoría de los principales documentos constitucionales de la mayoría de Estados.

La Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 14 recoge este principio de no discriminación por razones de “sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento” además de incluir la protección a cualquier otro tipo de protección de modo que se pueda proteger cualquier colectivo y persona añadiendo en este artículo la cláusula “o cualquier otra situación”<sup>6</sup> dejando por ello una puerta abierta a los diferentes móviles de discriminación que pueden surgir en el futuro. Cabe destacar que el artículo no formula expresamente la prohibición a la discriminación sino que la “proscribe vinculada al goce de los derechos y libertades recogidos y definidos en la convención”<sup>7</sup>.

En el ordenamiento español, el art. 14 de la Constitución Española que se encuentra en el Título Primero que hace referencia a los Derechos y Libertades recoge este precepto de igualdad indicando que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La violación de este principio por los delitos de odio supondría un considerable impacto tanto práctico como simbólico a la sociedad. El grupo de la sociedad que comparte características con la víctima puede también sentirse intimidada ya que pueden sentirse no sólo afectados por este ataque si no también pueden sentir miedo a un ataque futuro contra ellos mismos.

En el año 2003, tuvo lugar un Consejo Ministerial de la OSCE en Oporto en la que se indicó que “la democracia y la protección de derechos humanos y las libertades fundamentales son salvaguardias esenciales de la tolerancia y la no discriminación...y que a la inversa, la tolerancia y la no discriminación son elementos importantes para la

---

<sup>6</sup> Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950.

<sup>7</sup> GIL RUIZ, J. M., “En torno al artículo 14 de la CEDH: Concepto y jurisprudencia y nuevos desafíos de (y ante) el Consejo de Europa”, *Quaestio Iuris*, vol 10, nº2, 2017. pp. 919

protección de los derechos humanos”<sup>8</sup>. Por lo que vemos la importancia que otorgan los organismos internacionales y diferentes Estados a proteger, no solo los aspectos político-militares y económicos de seguridad sino también la protección hacia la dimensión humana ya que es la base de la sociedad ya que si no se protege esta dimensión puede romperse la cohesión con la que convive la sociedad y generar un ambiente poco seguro.

Como ya hemos mencionado, el principio de igualdad es un principio de gran importancia en la esfera internacional, no solo por parte de los organismos internacionales sino también por los diferentes Estados mundiales. Por ello, el caso de los delitos de odio, que tanto afectan a este principio de igualdad no iba a ser menos. Son numerosos los tratados que hacen referencia a la no discriminación, tanto el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos como la CERD (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial) insisten en la necesidad de los Estados a eliminar la discriminación racial y a que den a sus residentes igualdad ante todas las leyes<sup>9</sup>. Además, el artículo 4 de la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundada en la Religión o las Convicciones, solicita a los estados a “prevenir y eliminar la discriminación por motivos religiosos” y a “tomar todas las medidas necesarias para combatir la intolerancia por motivos de religión”<sup>10</sup> mientras que el comité que comprueba que se ejecutan las instrucciones del CERD ha solicitado a los estados a definir los delitos con motivación de odio como delitos concretos y además que promulguen leyes que permitan que se tenga en cuenta la motivación basada en prejuicios por parte de los autores.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) ha pedido también en sus Recomendaciones de Política General que se promulgue una legislación para estos actos y que contemple ciertos elementos clave como la consagración del principio de igualdad de trato, la penalización del genocidio e incluso la instigación,

---

<sup>8</sup> Decisión nº6 del Consejo Ministerial de la OSCE, Oporto 2003 recogida en *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009.

<sup>9</sup>OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009] p. 37

<sup>10</sup> ONU: Asamblea General, Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundada en la Religión o las Convicciones, 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55]

ayuda, incitación o tentativa a cometer cualquier delito de odio<sup>11</sup>, es decir, que no sea necesario ser el autor directo de un delito de odio para poder ser condenado ya que la autoría mediata también debe ser penada

Por otro lado, la Decisión marco de la Unión Europea sobre el racismo y la xenofobia del 28 de noviembre de 2008 cuyo objetivo es que se castiguen los delitos de carácter racista y xenófobo en todos los Estados miembros con al menos un nivel mínimo de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias ya que esto no puede ser llevado a cabo adecuadamente de manera individual por los Estados miembros, remarca la necesidad de establecer un enfoque común en la legislación penal de modo que en todos los Estados Miembros sea igual de sancionable requiriendo por ello una revisión por parte de todos los estados de la legislación para ver su adecuación a esta Decisión<sup>12</sup>.

Si bien muchos de estos instrumentos piden una prohibición de ciertas formas de discurso, nos encontramos aquí con una controversia ya que los Estados participantes de la OSCE no han llegado a un acuerdo unánime sobre este tema.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en numerosas de sus decisiones, ha indicado la obligación por parte de los estados de investigar el posible móvil racial de los delitos. Esto se puede observar en el caso Nachova y Otros v. Bulgaria<sup>13</sup>, cuya decisión puede considerarse histórica ya que el Tribunal declaró que las autoridades estatales tienen la obligación de investigar la posibilidad de la existencia de un móvil racista subyacente a los actos de violencia y el hecho de que Bulgaria no lo hiciera constituye una violación de la disposición del artículo 14 de la Convención (prohibición de discriminación). Y es que aunque el Tribunal no haya exigido la necesidad de promulgar una legislación específica sobre delitos de odio por parte de cada Estado, sí que ha declarado de un modo explícito que los delitos de odio exigen una respuesta por parte de la justicia penal proporcional al daño causado. Estos

---

<sup>11</sup> Comisión Europea, “Recomendación de Política General nº 7 sobre Legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial”, 13 de diciembre de 2002 (disponible en [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation\\_N7/REC7-2003-8-ESP.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/REC7-2003-8-ESP.pdf))

<sup>12</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.

<sup>13</sup> Nachova y Otros v. Bulgaria Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) del 6 de julio de 2005

principios fueron aplicados por el Tribunal en *Secic v. Croacia*<sup>14</sup>, caso en el que se reiteró que “cuando se investigan incidentes violentos, las autoridades del estado tienen la obligación adicional de tomar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista y decidir si el odio étnico o el prejuicio han desempeñado un papel o no en los hechos. Al no hacerlo y dar el mismo trato a la violencia y brutalidad por motivos de raza que a los casos que no tienen tintes racistas se cierra los ojos ante la naturaleza específica de actos que destruyen los derechos fundamentales”<sup>15</sup>.

La legislación sobre este tipo de delitos cada vez debe tomar más importancia ya que al legislar sobre este tema se envía un mensaje a los delincuentes indicándoles que una sociedad humana y justa no aceptará su comportamiento intolerante además de indicar a todos aquellos que pueden ser discriminados o víctimas de estos delitos de mostrarles que en una sociedad como la actual, que legisla sobre estos delitos, ellos deben sentirse protegidos porque los actos que sean dirigidos contra ellos serán condenados. Igualmente podemos destacar que la legislación de un país es la que expresa los valores de una sociedad, por ello, una sociedad que legisle sobre estos valores de igualdad y no discriminación, expresa la importancia que esta sociedad otorga a la igualdad y diversidad fomentando el desarrollo de estos valores. Cabe destacar que este proceso solo será posible si esta legislación es aplicada ya que en caso contrario, disminuirá el respeto hacia la legislación en su conjunto y se debilitará la percepción del ciudadano por el estado de derecho<sup>16</sup>.

Se podrían enumerar tres principales argumentos<sup>17</sup> para poder justificar la necesidad de un agravamiento de las penas en caso de los delitos de odio:

- Valor simbólico de la legislación: de este modo se muestra el rechazo que siente la sociedad por los delitos motivados por prejuicios. El hecho de elaborar leyes

---

<sup>14</sup> *Secic v Croacia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Auto de la Sala), 31 de mayo de 2007, apartado 66.

<sup>15</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009/ p. 39.

<sup>16</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009/ p. 4

<sup>17</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009, p. 31.

sobre este tipo de delitos es una potente manera para declarar la condena de la sociedad hacia estos delitos punibles que merecen un castigo mayor.

- **Sanción hacia el daño provocado:** Los delitos de odio tienen un impacto superior hacia la víctima que el resto de delitos además de su afectación al grupo en conjunto al que pertenece la víctima. Por ello, puede justificarse una mayor pena para estos delitos debido al daño que afecta a la comunidad.
- **Mayor culpabilidad del autor:** En ocasiones, la legislación penal impone penas agravadas para algunos delitos teniendo en cuenta no solo el resultado sino también la intención. Este último argumento da por hecho la existencia de la intención de ocasionar un daño desproporcionado o adicional a la víctima.

## 2.2. Las leyes sobre delitos de odio.

Si bien en el apartado anterior hemos comentado el concepto y los motivos para promulgar una legislación relativa a los delitos de odio, en este punto observaremos las maneras en las que este concepto se traduce a la hora de elaborar leyes.

Todos los Estados de la OSCE cuentan con leyes aplicables a estos delitos<sup>18</sup> y en líneas generales las podemos agrupar en dos tipos de leyes: sustantivas y de agravación de la pena<sup>19</sup>.

- **Delito sustantivo:** El delito de odio es considerado un delito independiente que engloba tanto el móvil basado en prejuicios como el elemento fundamental de la definición legal de delito, este tipo de legislación es relativamente rara en Europa aunque en países como la República Checa y el Reino Unido podemos ver como se han creado delitos concretos que incorporan la motivación basada en prejuicios.
- **Agravamiento de las penas:** También es conocido como agravamiento de las cláusulas y consiste en incrementar las penas de un delito de base en caso de que este sea cometido con una motivación basada en prejuicios. Para que se produzca el aumento de la pena en caso de ser considerado delito de odio es necesario que se condene al autor por la comisión del delito base para a

---

<sup>18</sup> ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide* Varsovia., 2009 p. 15

<sup>19</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009 p. 47-50

continuación aplicar el agravamiento de la pena en caso de que haya suficientes pruebas de la existencia de prejuicio. Este agravamiento puede ser relativo sólo a algunos tipos penales (agravamiento específico) o en cambio aplicarse este agravamiento a todos los delitos penales o una amplia mayoría de los delitos recogidos en la legislación (agravamiento general).

Nos encontramos con ventajas en ambos casos, tanto cuando se promulga una ley que considera los delitos de odio como delitos sustantivos o como un agravante de las penas.

Respecto a las ventajas e inconvenientes de una norma de delito de odio como agravamiento de la pena. Nos encontramos en primer lugar como ventaja que los agravamientos de las penas son mucho más sencillos de incorporar en el código penal ya que normalmente los códigos penales enumeran una lista de situaciones o factores que agravan la pena de un delito. Estos agravantes de penas pueden aplicarse en un extenso número de delitos y en caso de que falle la prueba de los hechos que sustentan el agravamiento, esto no evita la condena por el delito subyacente. Pese a esto, como desventaja principal podemos observar que sin el reconocimiento explícito de una motivación basada en prejuicios, esta legislación de delitos de odio pierde parte del peso simbólico. Por lo tanto, pese a la fácil aplicación del agravamiento de la pena, no puede satisfacerse la función expresiva de reconocer y condenar esta motivación al cometer ciertos delitos.

Una de las principales ventajas de legislar los delitos de odio como un delito sustantivo es que el hecho de condenar explícitamente los delitos de odio elaborando un tipo penal, expresa el rechazo por parte de la sociedad a este tipo de delitos haciéndolos más visibles que si fuera una mera condición agravante y de este modo poder recoger de un modo más sencillo datos sobre este tipo de delitos. Por ejemplo, en España, el Ministerio del Interior elaboró un informe<sup>20</sup> sobre cómo han ido evolucionando los delitos de odio en este país de modo que se pueda observar si las medidas penales son efectivas e investigar sobre posibles medidas futuras. Es decir, el valor simbólico que el ordenamiento muestra a la sociedad por legislar estos delitos considerándolo un delito sustantivo es mayor que si es legislado como un mero agravante de otro delito. Por otro

---

<sup>20</sup> Ministerio del Interior, *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, Madrid, 2016

lado, podemos ver que un delito sustantivo plantea el problema principal de la exigencia de motivación para condenar al acusado y es que la prueba de este tipo de delitos es difícil por lo que es frecuente encontrar casos en los que la Fiscalía opta por no presentar cargos por este tipo de delitos por lo que es de suma importancia que fiscales reciban información suficiente sobre estos delitos.

Para que la legislación de los delitos de odio sea efectiva, independientemente del tipo de legislación por el que se opte de los dos mencionados arriba, es necesario que se examinen bien las pruebas que fundamentan esta motivación además de elaborar una buena investigación

Aunque haya dos opciones totalmente diferenciadas de legislación sobre delitos de odio, nos encontramos con que hay ordenamientos legislativos en los que es posible encontrar tanto la codificación de determinados delitos de odio como algunas previsiones de agravamiento de la pena en caso de que el delito haya sido motivado por prejuicios.

### **2.3. La selección de las características protegidas**

Una vez indicados los dos tipos principales de tipos de leyes sobre delitos de odio, es necesario indicar cuáles son las características protegidas a la hora de elaborar una legislación relativa a delitos de odio. Es necesario tener en cuenta que según el estado en el que nos encontremos, veremos que estarán protegidas determinadas características protegidas u otras. Cabe destacar que todos los países de la región OSCE incluyen la raza como característica protegida<sup>21</sup>. A continuación analizaremos los criterios usados para poder determinar las características protegidas además de las características más comunes protegidas por la legislación de países de la región OSCE. Esta elección de características protegidas es uno de los aspectos más importantes de este tipo de legislación, diferente según el estado y ante su situación particular y es que el listado de características protegidas debe ser elaborado según las necesidades de cada estado.

Como ya hemos hecho hincapié a lo largo de este trabajo, los delitos de odio atentan principalmente contra la identidad siendo esto lo que diferencia principalmente

---

<sup>21</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009 p. 54.

un delito de odio respecto a otro tipo de delitos. Los delitos de odio van dirigidos contra un aspecto de la identidad de la persona que no puede ser modificado o es fundamental para su sentido de identidad<sup>22</sup>. Debemos destacar que no todas las características inmutables son rasgos de identidad de grupo u objeto de ser protegido ni todas las características protegidas tienen que ser obligatoriamente inmutables. Por ejemplo, tener los ojos verdes es un rasgo inmutable pero no es posible que sea descrito como característica de grupo cohesionado o de identidad de grupo mientras que la religión es una característica mutable pero sí es digna de protección. Estos aspectos suelen ser evidentes a simple vista (color de piel) aunque no debemos olvidarnos que hay veces en las que a simple vista no se puede distinguir una característica que sea símbolo de pertenencia a un grupo.

Las características protegidas por cada ordenamiento deben ser elegidas tras haber sido estudiados y analizados los problemas sociales del Estado determinado además de haber hecho un estudio del pasado de cada país teniendo en cuenta aquellas características que fueron objeto de discriminación. No solo es necesario observar el pasado de cada Estado sino también el futuro, intentando ver qué características podrán llegar a ser objeto de discriminación.

El hecho de no incluir determinadas características protegidas no trae consigo la inexistencia de sanciones penales ante ataques a determinados colectivos, ya que en la mayoría de ordenamientos están tipificados los delitos contra policías o militares como delitos graves al igual que los casos de agresiones contra menores, que están castigados con penas mayores que los mismos actos contra adultos. Esto no significa que estos delitos sean considerados delitos de odio, simplemente que debido a determinadas circunstancias de la víctima, se considera que deben ser objeto de una punibilidad mayor.

El número de características protegidas por ley también debe tenerse en cuenta ya que en el caso de que se protegiera un elevado número de características, la ley sería demasiado amplia pudiendo no considerarse eficaz al aplicarse en numerosas ocasiones llegando a saturar tribunales y desmerecer a algunos colectivos. Por otro lado, en caso de que la legislación protegiera pocas características, se correría el peligro de que se

---

<sup>22</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009 p. 55.

excluyera a grupos que son víctimas de los delitos de odio. Por esto, el legislador debe encontrar el equilibrio entre una legislación que se quede corta en características protegidas y otra que por su amplitud no pueda ser aplicada con eficacia.

#### **2.4. Características protegidas.**

En la región OSCE, que comprende 57 estados de Europa, Asia y América del Norte, tanto la raza como el origen nacional o la etnicidad, son las características más protegidas, seguidas por la religión<sup>23</sup>. Cuando empezaron a tipificarse los delitos de odio, estas fueron principalmente las características recogidas. Además cabe destacar que algunos grupos religiosos pueden incluirse en el concepto de “raza” y se puede atacar a un individuo por una o más características protegidas como es el caso de que el infractor no distinga entre la “raza” y religión de una persona.

La historia particular de cada país es el que forja las diferentes prioridades a la hora de legislar. Si bien el pasado de esclavitud de Estados Unidos entre los Siglos XVIII y XIX y la situación que sufrieron los afroamericanos hizo que el término raza haya sido una preocupación esencial para las leyes que se redactaron relativas a los delitos de odio en este país. En Europa, uno de los colectivos más vulnerables históricamente ha sido el pueblo gitano, ya que fue víctima de expulsiones forzadas y pogromos (palabra de origen ruso cuyo significado es el de “causar estragos, demoler violentamente”). Actualmente los ataques a musulmanes e inmigrantes han ido incrementando lo que podrían considerarse los colectivos más vulnerables a día de hoy en Europa.

Estas características tales como “raza”, color, etnia y origen nacional que son las más usadas y universalmente protegidas en las legislaciones sobre delitos de odio, no tienen una definición universal. Y en los diferentes ordenamientos se usan términos que pueden llevar a la confusión. Debido a esta confusión, a continuación entraremos en cada uno de estos conceptos para clarificarlos.

##### **2.4.1. Raza**

Pese a ser ninguna duda la característica más protegida por la legislación de estos delitos, la “raza” no tiene ninguna base científica que permita su identificación

---

<sup>23</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009 p. 57.

total. De hecho se puede observar en la Declaración de la UNESCO sobre Raza realizada en 1950 que “sería mejor abandonar este término y empezar a hablar de grupos étnicos en el momento de referirnos a las razas humanas”, misma línea que promueve la OSCE, que insiste en la necesidad de utilización de otros términos como pueden ser “ancestro”, “etnia” u “origen nacional”<sup>24</sup>. La Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas por su parte insiste en que hay una gran diversidad en todas las poblaciones humanas sin existir por ello ni las “las razas puras” en el sentido de poblaciones genéticamente homogéneas, en las especies humanas, ni existe evidencia de que hayan existido nunca en la historia pasada de la familia humana<sup>25</sup>. La falta de claridad de este concepto puede ser origen de problemas tanto a la hora de ser interpretado por los miembros de los tribunales o de aplicación de la ley.

Pese a que numerosos organismos internacionales y estados han seguido estas recomendaciones y evitan la utilización del término “raza”, hay ciertos conceptos como son la discriminación racial y racismo que siguen utilizándose a día de hoy y es que tal y como indicó la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales, “no existe término que, hasta ahora, pueda encapsular la discriminación étnica de la misma forma que “racismo” continúa incluyendo una serie de ideologías y prácticas étnicas discriminatorias”<sup>26</sup>. Además, el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial de Naciones Unidas (CERD) prevé que: “discriminación racial” se refiere a cualquier distinción, exclusión restricción o preferencia por motivos de raza, color, ascendencia, u origen nacional o étnico, origen que tiene el propósito o efecto de menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otro esfera de la vida pública.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009 p. 58.

<sup>25</sup> Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas; “Declaración sobre la Raza y el Racismo” (disponible en: <https://www.iaaes.org/statement/racism.html> última consulta el 18 de marzo de 2018)

<sup>26</sup> Centro de control europeo del racismo y la xenofobia. (EUMC), “Violencia Racista en 15 Estados Miembros de la UE”, Abril de 2005, p. 31.

<sup>27</sup> ONU: Asamblea General, Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial de Naciones Unidas (CERD), Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

#### **2.4.2. Origen nacional, Origen étnico, Etnia:**

En estos conceptos su significado depende principalmente del contexto concreto y uso local que se le dé en cada ordenamiento ya que en ocasiones el alcance de cada definición puede solapar al del otro.

**Grupo étnico** podría definirse como una comunidad dentro de una sociedad más grande determinada por la existencia de ancestros en común y un pasado histórico compartido. Se distingue por tradiciones compartidas, instituciones sociales consolidadas y rasgos culturales como pueden ser la lengua, la gastronomía, la música,...entre otros elementos. Además los integrantes un grupo étnico tienen un amplio sentimiento de pertenencia a este grupo<sup>28</sup>.

El concepto de **origen nacional** pese a parecer similar al anterior, hay veces en los que puede hacer referencia a otros conceptos más legales como es el caso de ciudadanía o incluso afiliación cultural a un determinado grupo nacional vinculado a un estado del que no es ciudadano la persona o incluso a ningún estado concreto. Es por esto que diversos organismos internacionales el Consejo de Europa como las Naciones Unidas recomiendan que estas definiciones sean determinadas en función de su contexto nacional<sup>29</sup>.

#### **2.4.3. Nacionalidad**

En primer lugar se debe remarcar que nacionalidad no es sinónimo del concepto origen nacional o étnico que hemos observado en el apartado anterior. El artículo 2.a del Convenio Europeo sobre Nacionalidad establece que el término nacionalidad se refiere al “vínculo jurídico entre el Estado y el particular, sin denotar necesariamente un origen étnico”<sup>30</sup>. Nacionalidad normalmente implica un estatus jurídico otorgado por el estado o ciudadanía. Es común la confusión producida entre los conceptos de nacionalidad y origen nacional, pero para diferenciarlo debemos observar que mientras el primero se debe emplear para denotar un determinado vínculo jurídico entre el individuo y el

---

<sup>28</sup> Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte del Ayuntamiento de Bogotá, “Grupos étnicos” (disponible en <http://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas-culturales/grupos-etnicos> última consulta el 16 de febrero de 2018)

<sup>29</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009 p. 61.

<sup>30</sup> Convenio Europeo sobre Nacionalidad, Tratado multilateral, 6 de noviembre de 1997.

estado, el último debe usarse para hacer un mayor hincapié al origen étnico y cultural de la persona.

#### ***2.4.4. Religión***

La legislación que promulga una prohibición a la discriminación por motivos religiosos supone que deben protegerse todas las religiones sin perjuicio de proteger una en particular incluso llegando a la protección de ateos y no creyentes. Aunque de primeras pueda parecer extraño que dentro de la característica de religión esté incluida la protección a ateos o no creyentes, esto no es tan extraño si partimos de la base que religión engloba un conjunto de creencias y si estas creencias son la inexistencia de un ser superior, deberían ser igualmente protegidas que la creencia de existencia de un ser superior.

#### ***2.4.5. Otras características protegidas***

Si bien las características definidas antes son las más comúnmente protegidas, a continuación se mencionaran aquellas que en ocasiones son protegidas pero no por la gran mayoría de países. Estos conceptos son género, edad, discapacidad mental o física y orientación sexual. Debido a que estos conceptos son menos ambiguos que los anteriores, su definición es más sencilla y universal y se encuentran recogidos en muchos de los documentos constitucionales o en legislación cuyo objetivo es la antidiscriminación.

Finalmente, como características protegidas con menor frecuencia, podemos observar conceptos como el estado civil, recursos, clase, nacimiento, bienes, posición social, afiliación política o ideología y servicio militar. Para analizar estos sería recomendable acudir al ordenamiento de cada país para ver a qué da prioridad y protección y por qué. La mayoría de estos conceptos vienen inspirados y derivados por la legislación general contra la discriminación como el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como ejemplo curioso de característica protegida en función de las características de cada ordenamiento podemos destacar que en la Sección 22-33701 del Código del Distrito de Columbia define “delito relacionado con el prejuicio” como

aquel acto que demuestra el prejuicio del acusado por motivos de raza real o percibida, color, religión, origen nacional, sexo, edad, estado civil, aspecto personal, orientación sexual, responsabilidad familiar, discapacidad física, matriculación, o afiliación política de la víctima de dicho acto. Incluye por tanto un concepto que en muchos otros ordenamientos no se recoge y este es el de matriculación, interpretándose este concepto como la situación educativa de una persona. El problema de tener como característica protegida el concepto de “matriculación” es demostrar que el delito se cometió por ese motivo ya que a simple vista no se puede saber si una persona tiene una determinada situación educativa o no a menos que el infractor conozca a la víctima además de que este rasgo no es un rasgo que puede utilizarse para identificar a un grupo ni conlleva una historia de discriminación<sup>31</sup>.

#### **2.4.6. Conclusión**

A modo de conclusión de este apartado de características de los delitos de odio, podemos decir que pese a que no exista una lista tasada universal de características a ser protegidas por los delitos de odio, los legisladores deben tener en cuenta que en primer lugar sí sería aconsejable recoger una combinación de los términos tales como “raza”, “origen nacional”, “etnia” y “nacionalidad” para así poder garantizar una amplia cobertura y protección además de que para el resto de características a incluir sería necesario considerar las condiciones históricas del país o región en la que se va a legislar, estudiar los problemas sociales actuales y estudiar la incidencia de determinados delitos.

Que las características no sean confusas es de gran importancia ya que usar un término muy amplio, como puede ser el de “grupo social”, sin estar definido claramente, puede hacer que nos encontremos con que la ley no consiga sus objetivos al quedar desacreditada por la sociedad. También puede darse la misma situación si se incluyen características que no son inmutables o esenciales para la identidad de la persona y son compartidas por personas que como grupo han sufrido algún tipo de discriminación, exclusión u opresión pudiéndose incluso fracasar en la protección de los grupos que son de hecho las víctimas. Las personas que se pueden considerar protegidas por el término grupo social puede incluir miembros de la policía o políticos y ninguno de estos grupos

---

<sup>31</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009 p. 64.

son considerados normalmente un grupo oprimido o en el que se compartan lazos fundamentales de identidad. En caso de que la legislación incluyera características protegidas que se distancien mucho del concepto fundamental de delito de odio, esta dejará de ser considerada legislación de delito de odio.

Finalmente podemos indicar la existencia de estados como Canadá y Croacia, los cuales han optado por utilizar listas abiertas dejando la posibilidad de que la ley se pueda aplicar en casos motivados por otras características a las recogidas en la ley. En Croacia esto se ve al añadir la cláusula “u otras características” en la ley. Esto trae consigo tanto ventajas como inconvenientes ya que no se debe olvidar que indicar qué características son o no merecedoras de una especial protección no deja de ser un juicio de valor y dejar esto en mano de los tribunales desvirtúa el poder del órgano legislativo y provocaría cierta arbitrariedad y no refleje al completo la realidad social de los delitos de odio<sup>32</sup> además de que se podría ir contra la exigencia de organismos en los que se pide que estas leyes sean concretas de modo que no entren en colisión con otros derechos fundamentales como el de libertad de expresión<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009 p. 65.

<sup>33</sup> Amnistía Internacional: “Tuitea si te atreves” (disponible en: <https://www.es.amnesty.org/actua/acciones/libertad-expresion-espana-mar18/> última consulta el 15/04/2018)

### **3. LOS DELITOS DE ODIO EN ESPAÑA.**

#### **3.1. Bienes jurídicos protegidos**

El discurso de odio está regulado en el Código Penal actual español en los artículos que veremos a continuación pero antes de analizar estos artículos es necesario mencionar cual es el bien jurídico que protegen.

Un sector de la doctrina indica que el bien jurídico protegido es el de la no discriminación recogido en el art. 14 CE considerándolo un derecho autónomo y separado del derecho a la igualdad ya que se puede considerar que tiene una dimensión individual y colectiva. De hecho, autores como Roig indican que el hecho de que haya tantos motivos de prejuicios para la comisión de este delito, supone que el objeto de tutela sea este derecho a la no discriminación. Por otro lado, otros autores como Portilla, sostienen la idea de que este tipo penal protege a varios bienes jurídicos además de la no discriminación como son la seguridad, la igualdad,...<sup>34</sup>.

Por otro lado, cabe destacar el hecho de que tal y como indicó el Tribunal Constitucional en el Caso Violeta Friedman<sup>35</sup> los entes sin personalidad jurídica pueden ser titulares de bienes jurídicos. Lo que supone que colectivos como “el pueblo judío”, “las mujeres” y “el pueblo gitano” puedan ser titulares en conjunto del bien jurídico de la no discriminación u honor entre otros y por ello que estos tipos les protejan.

#### **3.2. Características protegidas**

El Código Penal aprobado mediante la LO 1/1995 de 23 de noviembre, recoge varios artículos en los que se hace referencia a los delitos de odio y que serán comentados a continuación. Este Código, al tipificar estos delitos, se encarga de indicar cuáles son las características protegidas.

El sujeto pasivo es aquel sujeto víctima de un delito debido a la pertenencia a un determinado “grupo o parte del mismo” o “una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél” siempre y cuando la conducta sea producida por “motivos racistas,

---

<sup>34</sup> DOLZ-LAGO, M.J., “Los delitos de odio en el Código Penal tras la modificación operada por LO 1/2015. Breve referencia a su relación con el delito del art. 173 CP” (Disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr%20Dolz%20Lago.%20Manuel.pdf?idFile=21279b48-6ad7-42fb-b2e2-90d716dd3503](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr%20Dolz%20Lago.%20Manuel.pdf?idFile=21279b48-6ad7-42fb-b2e2-90d716dd3503); última consulta el 08/04/2018)

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991 214/1991 (Fallo)

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”.

La mayoría de estas circunstancias ya fueron mencionadas en el punto anterior aunque una circunstancia que no se comentó en el punto anterior y en cambio sí es protegida por nuestro ordenamiento es la relativa a los “motivos de género”. La introducción de esta circunstancia tuvo lugar gracias a la LO 1/2015 de 30 de marzo y se incluyó para poder proteger a la mujer como colectivo y luchar contra los delitos realizados discriminando a la mujer. Antes de que se aprobara esta circunstancia para proteger a la mujer existía la LO 1/2004 de 28 de diciembre cuyo cometido consistía en seleccionar determinados tipos penales y agravar la pena en caso de que estos fueran cometidos dentro del ámbito de la pareja o ex pareja. El problema de esta regulación era que no actuaba de forma coherente para prevenir los delitos cometidos fuera de este ámbito y se quedaba escasa su regulación. La incorporación de esta circunstancia tan amplia podría ser considerada controvertida ya que como ya se ha visto en este trabajo, uno de los requisitos que se deben cumplir en los delitos de odio es que las víctimas sean “intercambiables” entre sí y el único motivo por el que se actúe contra una persona es porque tiene una característica que lo integra en un grupo y si cambiáramos a esa persona por otra del mismo grupo, se cometería el mismo delito. Por ello, en los casos de violencia de género es discutible que se puedan integrar dentro de los delitos de odio y habría que analizar cada caso ya que no en todos los casos se agrede a la mujer por el mero hecho de ser mujer sino por otras circunstancias.

Además, en nuestro ordenamiento también se encuentra protegida la situación familiar. Es una característica novedosa que al igual que en el caso de género debería analizarse de un modo individual si es considerada una característica que es protegida para el caso de los delitos de odio ya que como se ha explicado el motivo del ataque es debido a esta situación. Esta característica es además un claro ejemplo de cómo las características que son protegidas por los ordenamientos van variando según cambia la situación del país concreto. Si bien en el 1995, año en el que se aprobó el actual Código Penal, era impensable la existencia de varios modelos de familia, actualmente no sólo han cambiado y hay varios y muy diferentes modelos de familia si no que en ocasiones pueden llegar a producirse discriminación por estas situaciones nuevas o diferentes y

sus integrantes pueden llegar a ser víctimas de discriminación y ataques por el mero hecho de tener una situación familiar determinada.

El hecho de que se considere también reconocida la característica de identidad sexual de modo que se pueda “extender la punición a supuestos de transfobia”<sup>36</sup> indica como en España la investigación sobre posibles futuras víctimas o víctimas actuales de delitos de odio está en constante evolución.

Por otro lado y siguiendo en consonancia con las modificaciones en los sujetos pasivos de este artículo podemos hacer referencia a la sustitución del término minusvalía por discapacidad de acuerdo a lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

### **3.3. El delito de odio como circunstancia agravante en el ordenamiento jurídico español**

Como ya se ha hablado en el punto 2.2 de este trabajo relativo a las diferentes maneras de legislar los delitos de odio, podemos ver por un lado la posibilidad de incluir en la legislación penal un tipo penal concreto que tipifique los delitos de odio como un delito sustantivo y por otro, legislarlo como una mera circunstancia agravante. En nuestro Código Penal se recogen sendas maneras de regular estos delitos.

El artículo 22.4 CP es uno de los tipos penales en los que se recogen las agravantes frente a los diferentes delitos y en este está previsto la agravación de la pena en caso de que el delito sea cometido por uno de los motivos enunciados en el apartado anterior.

Esta circunstancia agravante de delitos cuando estos son cometidos por “motivos ideológicos” fue introducida por la LO 4/1994 de 11 de mayo debido a la proliferación de episodios de violencia racista y antisemita que tuvieron lugar en Europa en esas fechas además del genocidio que tuvo lugar durante la guerra de Yugoslavia<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> PORTILLA CONTRERAS, G. “La represión penal del “discurso del odio””, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Mayor, 2015. P. 738

<sup>37</sup> COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M. “Regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Modificación del artículo 510 del Código Penal ante la libertad de expresión”, *Prevención y lucha contra los delitos de odio y todas las formas de intolerancia*, Barcelona, 24 de mayo de 2016.

### **3.4. El delito de odio como delito sustantivo (art. 510 CP)**

La otra manera de legislar los delitos de odio, es elaborar un tipo penal que tipifique los delitos de odio como un delito sustantivo. En nuestro Código Civil nos encontramos con los delitos recogidos en el art. 510 situados en la sección 1ª del Capítulo IV relativa a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Dicho artículo tiene como sujeto pasivo el mencionado en el punto 3.1..

El art. 510 CP sufrió una modificación en el año 2015 gracias a la aprobación de la Ley Orgánica mencionada anteriormente, la LO 1/2015 de 30 de marzo reconfigurando por completo cómo se regulan los delitos que entran en conexión con manifestaciones de odio, discriminación, hostilidad y violencia hacia grupos o individuos por su pertenencia a estos. Gracias a esta reforma se contempla una redacción novedosa que fue justificada por el Gobierno en parte por obligación de ser traspuesta en nuestro ordenamiento la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra el racismo y xenofobia<sup>38</sup>.

A continuación se procederá a un estudio detallado del tipo penal de modo que quede totalmente detallado el concepto de delito de odio en el ordenamiento jurídico español tras la reforma que tuvo lugar gracias a la LO 1/2015 de 30 de marzo.

El apartado primero de dicho artículo hace referencia en primer lugar a la pena a la que está sometida la comisión del delito que se va a definir más adelante. Esta pena es superior a la que estaba prevista antes a la reforma si bien antes la pena era de uno a tres años y multa de seis a doce meses, ahora la pena es de uno a cuatro años y multa de seis a doce a meses. Como podemos ver, de este modo se hace hincapié en la importancia que se da a la comisión de estos delitos incrementando su pena de modo que la sociedad vea que estos delitos no solo no quedan impunes sino que son castigados más severamente ahora que hace unos años y es que si las penas impuestas a estos delitos fueran muy bajas no tendrían la eficacia que se les exige ya que los delitos deben tener una pena proporcional al daño y si fuera inferior sería ineficaz y si fuera superior sería desproporcionada e injusta.

---

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. “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*, 3ª Época, nº12, 2014

Tras la tipificación de la pena, el apartado primero se divide en tres grandes tipos de conductas a los cuales se les impone la pena que hemos mencionado en el párrafo anterior.

### **3.4.1. Art. 510.1 CP**

Con la primera de las conductas se castiga a “Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra” el sujeto pasivo común. Esta conducta sustituye la que era castigada con el anterior 510.1 CP pero completando la descripción típica dando lugar por ello a un “deslinde definitivo entre este delito y la provocación” que se recoge en el artículo 18.1 CP como acto preparatorio punible<sup>39</sup> De hecho en contraposición al verbo provocar, actualmente se utilizan los verbos de “fomentar”, “promover” e “incitar”. Además de que se le añaden los adverbios de “públicamente” con ello suponiendo la no punibilidad de esta conducta en caso de que realicen en el ámbito privado y “directa e indirectamente”<sup>40</sup>.

El hecho de que se recoja la “hostilidad” aparte de la discriminación, odio y violencia es coherente, tal y como indica Roig Torres, con el artículo 20.2<sup>47</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 que fue ratificado el 30 de abril de 1977 por España.

La segunda conducta penada no tiene precedente alguno en el antiguo Código Penal y se castigan las conductas en relación con un determinado objeto material indicando la punibilidad en caso de idoneidad para la realización de la conducta del apartado anterior. Los verbos típicos propios de la conducta punible podrían ser agrupados en dos, por un lado “producción” y “elaboración” y por otro “posesión con

---

<sup>39</sup> ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512) en González Cussac, J.L. (DIR.)/GÓRRIZ ROYO, E. y Matallín Evangelio, A. (Coords.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1253).

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. “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*, 3ª Época, nº12, 2014 p. 178

finalidad de distribuir”, “facilitación de acceso a terceros”, “distribución”, “difusión” y “venta”. Es por ello un conjunto de comportamientos previos a los de la letra anterior<sup>41</sup>.

El tercer apartado del art. 510. 1 del Código Penal supone realizar de un modo público uno de los tres comportamientos siguientes: “negar”, “trivializar” de un modo grave y enaltecer” los delitos de genocidio, lesa humanidad o aquellos cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

### **3.4.2. Artículo 510.2 CP**

El segundo apartado del artículo 510 CP castiga dos tipos de conducta con una pena de prisión de seis meses a dos años y de multa de seis a doce meses quedando por ello una pena de prisión inferior a la del apartado anterior. Las conductas típicas de este apartado son dos.

En primer lugar la lesión de la dignidad del sujeto pasivo común mediante la humillación, menosprecio o descrédito de ellos a través de una de las conductas del art. 510.1.b) CP. Aquí nos encontramos con una conducta típica que ya estaba recogida en el anterior 510.2 CP, mediante el cual se castigaba a “los que con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas” sobre el sujeto pasivo. Con esta nueva formulación del artículo, se abandona una relación tan clara y directa con la estructura típica de los delitos que atentan contra el honor, pasando a castigar ahora la lesión de la dignidad del sujeto pasivo común (incluyendo al elemento subjetivo) mediante las mismas conductas tipificadas en el artículo 510.1.b) CP que hacen referencia a los mismos objetos materiales siempre y cuando entrañen una acción “grave” de humillar, menospreciar o desacreditar. Como ya se ha indicado, la pena prevista en este delito es de seis meses a dos años de prisión y de seis a doce meses de multa lo que supone una privación de libertad inferior que la que estaba prevista en el antiguo 510.2 CP que preveía una pena de prisión de uno a tres años y una multa de seis a doce meses<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. “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*, 3ª Época, nº12, 2014 p. 179

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. “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*, 3ª Época, nº12, 2014 p. 184

La segunda conducta que es castigada por el artículo 510. 2 CP es la referente al enaltecimiento o justificación pública de aquellos delitos cometidos contra el sujeto pasivo común o de quienes participaran en su ejecución. Esta guarda similitudes con el art. 510.1.c) CP en el hecho de que se vuelve a castigar el enaltecimiento público de delitos contra el sujeto pasivo al igual que los propios delincuentes. Las diferencias versan en que en este caso para hacer referencia a la expresión carácter público se utiliza la expresión extensa de “por cualquier medio de expresión pública o de difusión” además de que en este caso la exaltación no hace referencia sólo a los tipos penales de los artículos 607 a 614 bis CP sino a cualquier otro que haya sido cometido contra el sujeto pasivo y sus características<sup>43</sup>. No podemos olvidar tampoco que en este tipo se prevé el castigo a la justificación pública de los mismos hechos siguiendo por ello la línea que se consideró adecuada a la constitución gracias a la STC núm. 235/2007 de 7 de noviembre. Como último elemento a resaltar de este apartado está el hecho de que también es punible el enaltecimiento no solo a los autores de los delitos anteriormente indicados sino también a “quienes hayan participado en su ejecución” es decir, se extiende a todo interviniente en el delito bien sea a título de autor o partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice).

Finalmente, el último inciso de este artículo es el relativo a la agravación de la pena para los dos puntos anteriores a) y b) en caso de que concurra el elemento siguiente y este es si estos actos sirven para promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación para los grupos mencionados. En este caso la pena se incrementaría pasando a una pena de prisión de un año a cuatro años en vez de los seis meses a dos años que es el tipo normal. Siguiendo a Roig Torres debe interpretarse la aplicación de esta agravación en todos los casos que haya “un riesgo real de desencadenar actos violentos o discriminatorios”<sup>44</sup>.

### **3.4.3. Resto de apartados del artículo 510 CP**

A partir de estos apartados, el artículo 510 CP hace referencia a los tipos agravados haciendo referencia el apartado cuarto al segundo de los tipos agravados

---

<sup>43</sup> PORTILLA CONTRERAS, G. “La represión penal del “discurso del odio””, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Mayor, 2015 p. 748-750

<sup>44</sup> ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512) en González Cussac, J.L. (DIR.)/GÓRRIZ ROYO, E. y Matallín Evangelio, A. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1264.

comunes a los primeros dos apartados. El primer tipo agravado, que aparece mencionado en el tercer apartado será referido en último lugar ya que por sus características permitirá adentrarnos en el siguiente punto de este estudio que son los delitos de odio en redes sociales. El artículo 510.4 CP supone una agravación de la pena en su mitad superior debido a un mayor valor de resultado siempre y cuando estos hechos “resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo”. Cabe destacar que se usa el término paz pública, que no orden público, supone hablar de “tranquilidad y quietud” o de sosiego y buena correspondencia de unos con otros y se opone a la guerra, a las riñas y disensiones, pero no al desorden”<sup>45</sup>.

El tercer apartado del artículo 510 CP hace referencia a la agravación de las franjas punitivas contempladas en su mitad superior en caso de que se realice la acción “a través de de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información” y de este modo puedan acceder a él un número elevado de personas. Además, siguiendo la línea de las nuevas tecnologías y medios de comunicación el mismo artículo en su apartado sexto hace referencia a que los jueces y tribunales podrán acordar 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 hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.”. Y además si los contenidos se difunden exclusiva o preponderadamente a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, será ordenado el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

Finalmente, como pena accesoria está previsto en todos los casos la inhabilitación especial “para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre” durante un tiempo que será entre tres y diez años mayor al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, siempre atendiendo de un modo proporcional tanto a la gravedad del delito, como al número de los cometidos además de las circunstancias que concurran en el delincuente.

---

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. “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*, 3ª Época, nº12, 2014 p. 188

Los tipos penales, según el grado o intensidad del ataque al bien jurídico, pueden clasificarse en tipos de lesión o tipos de peligro. Los tipos de lesión exigen que para la consumación de la conducta típica se cree un daño en el bien jurídico tutelado mientras que en los tipos de peligro la mera puesta en peligro del bien jurídico es suficiente para su consumación<sup>46</sup>. Respecto a este artículo, el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Penal 72/2018, indicó que este tipo penal está estructurado bajo la forma de delito de peligro bastando por ello para su aplicación el mero hecho de realizar las ofensas incluidas en el discurso del odio pues estas, por su gravedad, al “herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad”.<sup>47</sup>

Con esto finaliza el análisis de cómo los delitos de odio en el ordenamiento español. Cabe destacar como ya se ha mencionado anteriormente, cómo nuestro ordenamiento combina las dos maneras de regulación de delitos de odio que proponía la OSCE, como agravante o como delito sustantivo. De modo, que se regulen no sólo los delitos que son conocidos como “discurso de odio”, es decir los penados por el art. 510 CP sino también aquellos delitos sean los que sean que son motivados por el odio.

Se puede observar como con la reforma que tuvo lugar gracias a la LO 1/2015 de 30 de marzo se ha ampliado el ámbito de actuación de la Ley frente a estos delitos otorgando por ello mayor protección a las víctimas y mostrando como la sociedad española muestra un rechazo ante este tipo de comportamientos.

---

<sup>46</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J; “Clasificaciones de los tipos”, *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2012, p.89.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Sala de los penal del 9 de febrero de 2018 72/2018 (Fundamento de derecho único).

#### 4. LAS REDES SOCIALES.

El ordenamiento jurídico va cambiando a la vez que la sociedad y por ello va adaptándose a los nuevos tiempos. Esto se puede ver perfectamente cómo con la reforma del Código Penal mediante la LO 1/2015 de 30 de noviembre se añadieron nuevos tipos de delitos y algunos de los existentes fueron reformulados para adaptarse a los nuevos tiempos. Uno de estos cambios que ha tenido importantes consecuencias en la sociedad actual es la creación de internet, que marcó el comienzo de una era tal y como la invención de la imprenta lo hizo en el año 1440 y es que si bien la imprenta permitió la difusión masiva de información, internet permite no sólo la difusión masiva de información sino también una difusión inmediata y global<sup>48</sup> pudiendo acceder a este contenido desde un amplio número de dispositivos siendo el teléfono móvil el dispositivo más usado para acceder a estas redes<sup>49</sup> lo que supone que casi desde cualquier lugar del mundo y desde cualquier momento se puede acceder al contenido de las redes sociales.

Según un estudio nacional realizado por Elogia y patrocinado por Adglow, un 86% de los españoles que navegaron por internet durante el año 2017 utilizaron redes sociales, lo que supone más de 19 millones de usuarios en España siendo unas cifras que hace unos años hubieran sido inimaginables<sup>50</sup>. Las redes sociales pueden considerarse las grandes protagonistas de esta nueva era, permitiendo a sus usuarios relacionarse de un modo totalmente diferente al conocido hasta entonces,

Como ya hemos mencionado anteriormente, el artículo 510 sufrió una total modificación y cabe destacar para el estudio de este trabajo centrarnos en cómo en sus apartados tercero y sexto se hace referencia a las redes sociales, las nuevas tecnologías y los diferentes medios de comunicación y es que si bien hace unos años era impensable que se pudieran cometer delitos a través de estos medios y mucho menos delitos de odio, ahora según un informe del Ministerio del Interior, un 15,4% de los incidentes

---

<sup>48</sup> PUDDEPHATT, A.; Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información 6; Internet y la libertad de expresión, p. 13

<sup>49</sup> ELOGIA patrocinado por ADGLOW, “Estudio Anual Redes Sociales 2017”, (disponible en [https://iabspain.es/wp-content/uploads/iab\\_estudioredessociales\\_2017\\_vreducida.pdf](https://iabspain.es/wp-content/uploads/iab_estudioredessociales_2017_vreducida.pdf); última consulta el 10/04/2018)

<sup>50</sup> ELOGIA patrocinado por ADGLOW, “Estudio Anual Redes Sociales 2017”, (disponible en [https://iabspain.es/wp-content/uploads/iab\\_estudioredessociales\\_2017\\_vreducida.pdf](https://iabspain.es/wp-content/uploads/iab_estudioredessociales_2017_vreducida.pdf); última consulta el 06/04/2018)

relacionados con el discurso del odio en el año 2016 fueron cometidos a través de las redes sociales y un 42,3% a través de internet<sup>51</sup>.

No solo a nivel nacional, con la modificación del art. 510 CP se ha visto una mayor concienciación sobre este tipo de delitos en las redes sociales y nuevos medios de comunicación, sino que a nivel europeo también se han tomado medidas para tratar de frenar comportamientos que pueden ser constitutivos de delitos de odio. El 1 de junio de 2016, la Comisión Europea y cuatro de las grandes plataformas de redes sociales mundiales (Facebook, Twitter, Youtube y Microsoft) anunciaron la elaboración de un código de conducta para luchar contra la incitación al odio en internet. Este código supone un compromiso por parte de las empresas mencionadas anteriormente de examinar las notificaciones de incitación al odio en menos de 24 horas y a eliminar estos contenidos o desactivar el acceso a ellos. Además, estas empresas en el primer año tras la implantación del código, han hecho más sencilla la notificación de la incitación al odio además de haber expandido este código a otras empresas<sup>52</sup>.

Si bien las redes sociales permiten a las personas a relacionarse de un modo diferente al usual hasta entonces, también permiten en muchas ocasiones interactuar desde el anonimato y es gracias a este anonimato por el que numerosos usuarios se animan a hacer comentarios constitutivos de delitos de odio creyendo que no tendrán ninguna consecuencia y como hemos visto, cada vez este tipo de delitos están siendo más vigilados procurando no solo que no queden impunes sino considerando que el hecho de que sean realizados a través de internet sea un agravante y por ello tenga una pena mayor. El principal fundamento de esta agravación es la publicidad que se consigue con estas manifestaciones siendo mucho mayor a si se utilizaran otros medios públicos.

---

<sup>51</sup> Ministerio del Interior: Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España p. 46

<sup>52</sup> “Lucha contra la incitación al odio en línea: Parece progresar la iniciativa de la Comisión en colaboración con las plataformas de redes sociales y la sociedad civil”, Comunicado de prensa Comisión Europea, 1 de junio de 2017 (disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1471\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1471_es.htm); última consulta 06/04/2018)

#### 4.1. Casos de delitos de odio en redes sociales en España

En España, uno de los casos más famosos y recientes relativo a delitos de odio en redes sociales es el del tuitero Berenguer Jordi Moya Hernández el cual ha sido condenado por el Tribunal Supremo a dos años y medio de prisión por difundir mensajes de odio contra la mujer además de una multa de 10.800 euros<sup>53</sup>. Además de los mensajes de odio hacia la mujer, también había difundido mensajes por los que fue condenado por la Audiencia Nacional por enaltecimiento del terrorismo<sup>54</sup> aunque tras el recurso de casación que interpuso ante el Tribunal Supremo quedó absuelto de este delito<sup>55</sup> y debido a que en este trabajo solo vamos a enfocarnos en los delitos de odio, no vamos a analizar esta parte de la sentencia.

El señor Moya Hernández en una de sus cuentas de twitter publicó varios comentarios por los que usuarios de la misma red social, contactaron con la unidad policial Grupo de redes II quejándose de este tipo de comentarios, además de que se presentaron denuncias ante las Comisarías de Policía de Santa Cruz de Tenerife y de Zamora los días 1 de enero y 3 de enero respectivamente del año 2016. Además, esta cuenta fue suspendida de la red social el 7 de enero de 2016, lo que supuso que realizara otros comentarios denigrantes desde una segunda cuenta de Twitter.

Uno de los principales problemas con los que se encuentra el cuerpo policial ante este tipo de delitos, es la imposibilidad de identificar a la persona que realiza estos comentarios y más si actúan bajo un pseudónimo. En este caso, no fue sencillo identificar al tuitero aunque gracias a su novia lograron citarlo a comisaría en la que admitió ser el autor de estas publicaciones y dueño de esas cuentas. Incluso en el caso de que no actúe bajo un pseudónimo, se han visto casos como el relativo al del profesor valenciano Vicente Belenguer, que se alegró por la muerte del torero Víctor Barrio en

---

<sup>53</sup> PERAL, M., “A la cárcel el tuitero que creía “pocas” las mujeres asesinadas “con la cantidad de putas que hay””, *El Español*, 16 de febrero de 2018 (disponible en [https://www.elespanol.com/espana/tribunales/20180216/carcel-tuitero-pocas-mujeres-asesinadas-cantidad-putas/285472088\\_0.html](https://www.elespanol.com/espana/tribunales/20180216/carcel-tuitero-pocas-mujeres-asesinadas-cantidad-putas/285472088_0.html); última consulta 06/04/2018)

<sup>54</sup> Art. 578 Código Penal

<sup>55</sup> Recurso Casación 583/2017 Tribunal Supremo, 9 de febrero de 2018 (Fallo)

su cuenta personal de la red social Facebook, en los que frente al juez indicó que no había sido él el autor de ese manifiesto ya que todo había sido obra de un hacker<sup>56</sup>.

Por otro lado, es necesario destacar que de acuerdo al art. 10 CP<sup>57</sup> para que haya una responsabilidad penal ante cualquier delito es necesario que sea una “acción y omisión dolosa o imprudente” y además esté penada por la ley. Además el art. 12 CP indica que “las acciones o delitos imprudentes sólo se castigan cuando expresamente lo disponga la ley” y debido a que como ya vimos, el art. 510 CP no tiene ninguna previsión expresa respecto a la imprudencia, se entiende que es necesaria la comisión con dolo de este delito. En la Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de febrero de 2018 a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, se hace referencia expresamente a este asunto de prueba del dolo en este tipo de delitos ya que la defensa del condenado argumentó precisamente que “el hecho de haber realizado determinadas manifestaciones no implica necesariamente que ésta se hiciera con dolo o pretendiendo ofender o injuriar”. Ante esto, el Tribunal respondió indicando que el delito de incitación al odio no exige la existencia de un dolo específico bastando la mera constatación de la voluntariedad del acto y constatar que no es una reacción incontrolada, momentánea o emocional ante una situación que no pudo controlar. Para probar esto, bastó con confirmar la pluralidad de fechas en las que fueron publicados los mensajes mostrando que no fue una reacción a un estímulo exterior. Además el contenido de las publicaciones (ANEXO 1) muestra el carácter violento de las expresiones además de la confirmación del odio hacia las mujeres al mencionar “situaciones en las que desea encontrar a mujeres a las que se refiere en términos agresivos en un contexto de género”.<sup>58</sup> Por ello podemos concluir indicando que el motivo de la defensa se desestimó ya que la tipicidad de esta acción es confirmada con el mero hecho de comprobar haber querido publicar esos comentarios de un modo consciente y no como reacción a un estímulo exterior que habría producido antijuridicidad de la acción,

---

<sup>56</sup> BLANCO ELIPE, C. “El maestro que celebró la muerte de Víctor Barrio se expone a una pena de hasta dos años de cárcel” *El Norte de Castilla*, 10 de marzo de 2016 (disponible en <http://www.elnortedecastilla.es/segovia/201703/10/maestro-celebro-muerte-victor-20170310105222.html> última consulta el 07/04/2018).

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Sala de los penal del 9 de febrero de 2018 72/2018 (Fundamento de derecho único).

además de comprobar que esos mensajes reflejan un odio hacia el grupo subjetivo protegido aunque no muestre una voluntariedad por parte del infractor de afectar al honor del grupo subjetivo.

#### **4.2. La libertad de expresión en internet frente a los delitos de odio**

Como vemos, en el punto anterior, el Tribunal Supremo, condenó al tuitero por el contenido de sus publicaciones valorando a la hora del análisis de la tipicidad, la mera voluntariedad de la publicación de esos tuits sin entrar a considerar si la intención del Sr. Moya Hernández era ofender o incitar al odio con sus manifestaciones. Esto entra en total colisión con uno de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución Española, la libertad de expresión recogido en el art. 20 CE además de en numerosos tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos ya que el mero hecho de publicar una opinión o expresar tu pensamiento en internet puede tener consecuencias penales. Aquí como vemos entra en juego un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho de no discriminación.

El derecho de libertad de expresión es considerado uno de los principales derechos de cualquier sistema democrático y como hemos visto está protegido por diversos documentos tanto regionales como internacionales de derechos humanos al igual que documentos nacionales. Las razones de esta protección según la UNESCO<sup>59</sup> son tres:

- La capacidad y posibilidad de expresarse es indispensable para mantener la integridad del ser humano ya que la identidad y la realización como seres humanos son necesidades de las personas. La principal diferencia entre los seres humanos y el resto de seres vivos es nuestra capacidad de expresarnos y experimentar su identidad mediante la comunicación.
- La libertad de expresión es la base de otros derechos y libertades ya que sin ella no se podrían defender los derechos humanos ni la democracia.

---

<sup>59</sup> PUDDEPHATT, A.; Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información 6; Internet y la libertad de expresión, 2016

- Es la condición previa del desarrollo social y económico<sup>60</sup>. Y es que según Amartya Sen, un desarrollo económico y social que beneficie a todos se consigue con comunicaciones transparentes y abiertas.

Para que el derecho de libertad de expresión sea efectivo, tiene que ser desarrollado en sus dos maneras. Por un lado, el derecho de recibir información y expresiones que otros emiten y por otro el derecho a emitir o difundir las ideas que tenga de un modo público. Y es este carácter público a la hora de expresar las ideas lo que otorga la base para las sociedades democráticas. Internet “democratiza” la libertad de expresión ya que los usuarios tienen la posibilidad de expresar casi sin limitación alguna sus propias ideas o impresiones sin que sean sólo los periodistas aquellos que pueden hacer llegar sus ideas a un amplio número de personas.

El hecho de que el uso de internet y sus redes en los últimos años haya crecido a gran velocidad, ha supuesto un reto ya que tal y como indicó una resolución del Consejo de Derechos Humanos: *“los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”*<sup>61</sup>. Esto indica que los derechos humanos deben estar protegidos en internet y aunque sólo haga mención expresa al derecho a la libertad de expresión, el resto de derechos humanos deberían quedar también protegidos en este medio.

Escudándose en los otros derechos humanos que tal y como indicó el Consejo de Derechos Humanos se deben proteger, los gobiernos de diferentes países del mundo han tomado medidas para controlarlas de diferentes maneras como puede ser censurando contenido, cerrando plataformas o incluso condenando a los usuarios de redes sociales por el contenido publicado como ya hemos visto que sucede en países como España. De hecho, de los casi 3,4 miles de millones de personas con acceso a internet, un 63% vive en países donde usuarios de internet fueron condenados por publicar un contenido de ámbito social, político o religioso según el informe “Freedom

---

<sup>60</sup> SEN, A., Desarrollo y libertad, ed. Planeta, 2000, PUDDEPHATT, A.; Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información 6; Internet y la libertad de expresión, 2016.

<sup>61</sup> Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/20/L. 13, párrafo 1

of the Net 2017”<sup>62</sup>. Y esto no solo se ve en países en los que existe un régimen autoritario, en países democráticos, estas herramientas se utilizan para aumentar la vigilancia de grupos terroristas o condenar los delitos de odio. Un hecho preocupante de estas condenas es que en ocasiones, las penas parecen que intentan tener una función más ejemplarizante que de seguridad, incitando con ello a la autocensura de la población<sup>63</sup> de hecho un condenado en España por publicar tuits en los que enaltecía el terrorismo indicó que: “*No creo que el objetivo sea actuar contra personas a título individual, sino crear un clima de autocensura en la población*”<sup>64</sup>.

Pese a que en el informe “Freedom of the Net 2017” no aparece mención alguna a España, sí se pueden valorar las similitudes de los casos que menciona el informe con la situación actual en España, especialmente tras la aprobación de la Ley de Seguridad Ciudadana<sup>65</sup>, conocida popularmente como la *Ley Mordaza* y la última reforma del Código Penal, en la que como ya se ha visto en el apartado tercero de este trabajo, el artículo 510 fue modificado de modo que se agravaba la condena en caso de que los mensajes relativos al discurso del odio fueran expresados en internet además de también haber reformado el artículo que actualmente está suscitando más polémica, el art. 578 CP. Este artículo es el relativo al enaltecimiento del terrorismo y organizaciones como Amnistía Internacional se han pronunciado contra este artículo impulsando en su página web una recogida de firmas<sup>66</sup> para hacerle llegar al Ministro de Justicia, Rafael Catalá, su opinión sobre este artículo indicándole que vulnera el derecho fundamental de la libertad de expresión y por ello exigiendo su inmediata derogación.

Cabe indicar y resaltar que España es Estado Parte de numerosos tratados garantes de la protección de derechos fundamentales, entre ellos el de la libertad de expresión, y por ello tiene la obligación de respetar, proteger y promover estos

---

<sup>62</sup> Freedom House: Freedom on the Net 2017.

<sup>63</sup> ESTEVE, F., “El poder contra las redes. La libertad de expresión en Internet”, *Dossier ciudadanía, internet y democracia*, 19 de abril de 2017 (última consulta 10/04/2018).

<sup>64</sup> Amnistía Internacional: “Tuitea si te atreves” (disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4179242018SPANISH.PDF> última consulta el 15/04/2018)

<sup>65</sup> Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la ley de la seguridad ciudadana (BOE 31 de marzo de 2015)

<sup>66</sup> Amnistía Internacional: “Tuitea si te atreves” (disponible en: <https://www.es.amnesty.org/actua/acciones/libertad-expresion-espana-mar18/> última consulta el 15/04/2018)

derechos. El derecho internacional permite a los Estados imponer limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión además de exigir prohibiciones al odio nacional, racial o religioso siempre que constituya incitación a la discriminación. Aunque impone unas condiciones<sup>67</sup> a cumplir por los ordenamientos de modo que estas restricciones se consideren legítimos:

- Estar establecidas por ley de modo claro y accesible.
- Imponerse sólo en determinados casos especificados.
- Estas medidas tienen que ser las medidas menos intrusivas y proporcionales para poder alcanzar el fin perseguido.
- No deben afectar al derecho fundamental de libertad de expresión.

Por ello, podemos indicar, que el artículo 510 CP de acuerdo al derecho internacional no iría contra el derecho de libertad de expresión ya que cumple estas condiciones y de hecho, las organizaciones como Amnistía Internacional no se llegan a pronunciar sobre este artículo, dirigiéndose siempre ante el 578 CP.

---

<sup>67</sup> Amnistía Internacional: “Tuitea si te atreves” (disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4179242018SPANISH.PDF> última consulta 15/04/2018)

## 5. CONCLUSIONES

1. Los delitos de odio son un nuevo concepto de delito que ha aparecido en los últimos años, si bien es cierto que durante toda la historia de la sociedad los grupos minoritarios han sido víctimas de ataques, no ha sido hasta el Siglo XX cuando los diferentes Estados y Organismos Internacionales han tomado medidas para penar no solo por el delito cometido contra estos sino también por la existencia de ese prejuicio y motivación subyacente del delito.
2. Numerosos documentos nacionales e internacionales recogen los principios de no discriminación e igualdad además del de integridad.
3. Como hemos visto, la OSCE fue una de las organizaciones precursoras en dictar unas bases o normas para que cada Estado regulase los delitos de odio. El objetivo principal de esto es que la persona sea protegida en cualquier esfera de su vida, no solo en la física y se sienta protegido por un estado de derecho en la que el pluralismo no sea un problema y se respete a cualquier persona por el mero hecho de serlo independientemente de las características que tenga cada uno.
4. Las características protegidas varían según el ordenamiento ya que hay que atender a la historia y circunstancias particulares de cada país pero hay algunas que aparecen protegidas de modo general como son la raza, origen, etnia,...conceptos que son ambiguos pero han sido objeto de discriminación desde los orígenes de la sociedad.
5. Para que una característica tenga tal consideración debe ser fundamental e inmutable además de ser lo suficiente general como para incluir el mayor número de supuestos protegidos posibles pero lo suficientemente concreta también de modo que sea eficaz su aplicación.
6. Hay dos maneras de legislar sobre los delitos de odio, por un lado considerándolo una agravante del delito básico y por otro considerándolo un delito sustantivo. Ambas tienen ventajas y desventajas y dentro de algunos ordenamientos es posible encontrarse estas dos maneras de legislar.

7. El ordenamiento español, con la reforma de la LO 1/2015 desarrolló más a fondo el artículo 510 que es el relativo a los delitos de odio ampliando los supuestos de aplicación e incrementando las penas en algunos casos. Dicha reforma fue un claro ejemplo de la adaptación a los nuevos tiempos y circunstancias, además de mostrar el rechazo por parte de la sociedad española a este tipo de discriminación y ataques.
8. El bien jurídico protegido por el artículo 510 no está aceptado por toda la doctrina pero una amplia parte se inclina a pensar que es solo uno, el de la no discriminación aunque otros sectores indican que este tipo protege varios bienes jurídicos y no solo uno.
9. Se añadieron tras la reforma del artículo previsiones para los casos en los que estos delitos de odio eran cometidos en internet considerando que debido a la mayor difusión y alcance que tiene el discurso de odio en estas redes, los delitos deben ser castigados más severamente.
10. El hecho de castigar una mera expresión personal hace que haya sectores que indiquen que este delito actúa contra el derecho fundamental de la libertad de expresión. Para encontrar el equilibrio en el que acaba la libertad de expresión y empieza la protección a la dignidad de la persona es necesario que las leyes sean concretas sin dejar lugar a la ambigüedad ni al arbitrio de los jueces.
11. Amnistía Internacional condena algunos artículos que atacan las libertades en España como puede ser la popularmente conocida como “Ley Mordaza” o el artículo 578 CP, respecto al 510 no se ha pronunciado ya que todos los organismos internacionales condenan los ataques basándose en prejuicios contra grupos minoritarios.

Como futuras líneas de investigación propondría un estudio de la evolución de los delitos de odio en España tras la aprobación de la última reforma viendo si esta es más eficaz que la anterior y de las limitaciones en la red coartando la libertad de expresión por parte del gobierno y jueces.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

### **1. Legislación**

Declaración Universal de los Derechos Humanos: 10 Diciembre 1948, 217 A (III).

Convenio Europeo sobre Nacionalidad: Tratado multilateral, 6 de noviembre de 1997.

Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950.

Código Penal

Constitución Española

Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la ley de la seguridad ciudadana (BOE 31 de marzo de 2015)

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

### **2. Jurisprudencia**

#### ***Tribunal Supremo:***

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de los penal del 9 de febrero de 2018  
72/2018

#### ***Tribunal Constitucional:***

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991 214/1991

#### ***Tribunal Europeo de Derechos Humanos:***

Nachova y Otros v. Bulgaria Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) del 6 de julio de 2005

Secic v Croacia, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Auto de la Sala), 31 de mayo de 2007, apartado 66.

### 3. Obras doctrinales

Amnistía Internacional: “Tuitea si te atreves” (disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4179242018SPANISH.PDF> última consulta 15/04/2018)

Centro de control europeo del racismo y la xenofobia. (EUMC), “Violencia Racista en 15 Estados Miembros de la UE”, 2005.

Comisión Europea, “Recomendación de Política General nº 7 sobre Legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial”, 13 de diciembre de 2002 (disponible en [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation\\_N7/REC7-2003-8-ESP.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/REC7-2003-8-ESP.pdf))

ELOGIA patrocinado por ADGLOW, “Estudio Anual Redes Sociales 2017”, (disponible en [https://iabspain.es/wp-content/uploads/iab\\_estudioredessociales\\_2017\\_vreducida.pdf](https://iabspain.es/wp-content/uploads/iab_estudioredessociales_2017_vreducida.pdf); última consulta el 06/04/2018)

ESTEVE, F., “El poder contra las redes. La libertad de expresión en Internet”, *Dossier ciudadanía, internet y democracia*, 19 de abril de 2017 (última consulta 10/04/2018).

Freedom House: Freedom on the Net 2017.

GIL RUIZ, J. M., “En torno al artículo 14 de la CEDH: Concepto y jurisprudencia y nuevos desafíos de (y ante) el Consejo de Europa”, *Quaestio Iuris*, vol 10, nº2, 2017

Ministerio del Interior, *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, Madrid, 2016

ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide* Varsovia

OSCE: *La Persecución Penal de los Delitos de Odio*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2014, p. 22.

OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica]*, traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009

PUDDEPHATT, A.; Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información 6; Internet y la libertad de expresión, Montevideo, 2016.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. “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*, 3ª Época, nº12, 2014.

Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas; “Declaración sobre la Raza y el Racismo” (disponible en: <https://www.iau.es.org/statement/racism.html> última consulta el 18 de marzo de 2018).

OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J; “Clasificaciones de los tipos”, *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2012.

PORTILLA CONTRERAS, G. “La represión penal del “discurso del odio””, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Mayor, 2015.

ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512) en González Cussac, J.L. (DIR.)/GÓRRIZ ROYO, E. y Matallín Evangelio, A. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.

## **ANEXO 1**

Publicaciones del Sr. Moya Hernández en la red social Twitter por los que fue juzgado.

Publicaciones de la primera cuenta antes de ser suspendida de la red social.

17/12/2015 "53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas."

30/12/2015: "Y 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"

31/12/2015: " Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande"

31/12/2015: "Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre."

Publicaciones de la segunda cuenta, abierta una vez fue cerrada la anterior.

10/01/2016: "Ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, sin van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden."

14/01/2016: " Beatriz era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad."

14/01/2016: "A mi me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble."

16/01/2017: Comparte la imagen de una mujer de la que no consta si fue víctima de maltrato o violencia de género) y publica "Ya la he maltratado, tú eres la siguiente."