



Universidad de Oviedo  
*Universidá d'Uviéu*  
*University of Oviedo*

**UNIVERSIDAD DE OVIEDO**  
**MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

LA POSIBLE RELEVANCIA PENAL DE LOS BULOS O *FAKE NEWS*:  
ESPECIAL MENCIÓN A LOS DELITOS DE ODIO.

Autor: DANIEL FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Convocatoria: ORDINARIA ENERO 2021

## **RESUMEN**

Las *fake news* o noticias falsas siempre han existido y a lo largo de la historia han sido empleadas con fines muy diversos, siempre orientadas a la producción de un resultado más o menos velado. En los últimos tiempos, dada la excepcional y atípica situación de pandemia vivida, se ha advertido un claro aumento de noticias falsas que pretenden influir en la opinión pública aprovechándose del caótico contexto generado y por ello órganos y organismos como la Fiscalía General del Estado o el Centro de Investigaciones Sociológicas han puesto el foco de atención sobre esta misma cuestión. Este trabajo pretende estudiar la posible relevancia penal que puede tener dicha conducta y, en consecuencia, cuáles de los tipos recogidos por el Código Penal serían susceptibles de ser cometidos por medio de la difusión de *fake news*. A estos efectos y sirviéndose de la colaboración de la Fiscalía Provincial de Barcelona, sin perjuicio de hacer una somera mención a otros tipos penales, en los subsiguientes apartados será estudiado con especial profundidad el encaje en los delitos de incitación al odio y delitos de odio recogidos en el artículo 510 del Código Penal.

## **ABSTRACT**

Fake news has been used through the history in a very different ways, but always directed to achieve a concrete result. Nowadays, due to the atypical situation of COVID-19, has been remarkably increased the amount of times that using fake news the public opinion tries to be manipulated and that's why constitutional bodies and organisms such as the Office of Public Prosecutor or the Sociological Research Center (CIS) have focused on this reality. The purpose of this Master's dissertation is to study the potential criminal responsibility and also which crimes could be committed by spreading fake news. For these purposes and with the contribution of the Barcelona Provincial Prosecutor's Office, without prejudice to making a brief mention of other criminal felonies, in the subsequent sections the fit in crimes of incitement to hatred and hate crimes typified in article 510 of the Penal Code will be studied in special depth.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAP.....	Auto de la Audiencia Provincial
ATSJ.....	Auto del Tribunal Superior de Justicia
COVID-19.....	<i>Coronavirus disease</i> (enfermedad del coronavirus)
CP.....	Código Penal
FFCCSSE.....	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FGE.....	Fiscalía General del Estado
LECRim.....	Ley de enjuiciamiento criminal
MENA.....	Menor extranjero no acompañado
Nº.....	Número
OP. CIT.....	<i>Opus citatum</i> /obra citada
PÁG.....	Página
RAE.....	Real Academia Española
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TC.....	Tribunal Constitucional
TEDH.....	Tribunal Europeo Derechos Humanos
TFM.....	Trabajo Fin de Máster
TS.....	Tribunal Supremo
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. ....	6
2. ¿QUÉ SON LAS <i>FAKE NEWS</i> ? BREVE APROXIMACIÓN CONCEPTUAL. ....	9
3. EL TRATAMIENTO PENAL DE LAS <i>FAKE NEWS</i> SEGÚN LA FGE. ....	11
3.1. DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIO. ....	13
3.2. DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS. ....	15
3.3. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. ....	15
3.4. DESÓRDENES PÚBLICOS. ....	16
3.4.1. UN CASO REAL: DIFUSIÓN DEL BULO DE LA CAJERA CON COVID-19 ¿DELITO DE SIMULACIÓN DE PELIGRO? ....	19
3.5. DELITO DE INJURIA. DELITO DE CALUMNIA. ....	20
3.6. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA, ESTAFAS E INTRUSISMO. ....	20
3.7. DELITOS CONTRA EL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES. ....	22
4. DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIO Y DELITO DE ODIO. SU COMISIÓN POR MEDIO DE <i>FAKE NEWS</i> . ....	23
4.1. INTRODUCCIÓN ....	24
4.2. TRATAMIENTO PENAL. ¿DELITO DE ODIO O DELITO DE INCITACIÓN AL ODIO? ....	26
4.3. ¿LIBERTAD DE EXPRESIÓN O DISCURSO DE ODIO? ....	27
4.4. EL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO PENAL. TIPOS PENALES. ....	29
4.4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. ....	29
4.4.2. NATURALEZA JURÍDICA. ....	29
4.4.3. SUJETO PASIVO Y SUJETO ACTIVO. ....	30
4.4.4. MOTIVOS DISCRIMINATORIOS. ....	32
4.4.5. CONDUCTAS TÍPICAS. ....	32
4.4.5.1. Fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia. ....	32
4.4.5.2. Elaboración, tenencia y/o difusión de soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia. ....	34
4.4.5.2.1. Diligencias Previas 551/2020: ¿Delito de incitación al odio? ....	35
4.4.5.3. Negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad. ....	37
4.4.5.4. Humillación, menosprecio o descrédito a la dignidad de las personas. ....	38
4.4.5.4.1. Las querellas de la Fiscalía Provincial de Barcelona. ¿Delito de odio frente a los MENAS? ....	39

4.4.5.5. Enaltecimiento o justificación de los delitos de odio.....	42
4.4.5.6. Tipos agravados de interés. ....	43
5. CONCLUSIONES .....	44
6. BIBLIOGRAFÍA.....	48
7. JURISPRUDENCIA .....	50

## 1. INTRODUCCIÓN.

La difusión de noticias falsas siempre ha existido, sin embargo, en los tiempos actuales este fenómeno ha cobrado un mayor protagonismo - sirviéndose principalmente del excelente medio de difusión que constituyen las nuevas tecnologías y, más concretamente, Internet -, alcanzando un inédito protagonismo que ha llevado a que términos tales como “desinformación”, “bulos” o “posverdad” hayan pasado a ser familiares para prácticamente cualquiera.

Pero lo cierto es que la difusión de bulos, por mucho que ahora revista una intensidad y alcance diferente, no es ni una práctica de reciente creación ni mucho menos exclusiva de la Edad Contemporánea. En este sentido, es de obligada mención el libro *Fake News de la antigua Roma* en el que su autor, MARQUÉS GONZÁLEZ, incide precisamente en la idea que al comienzo de este párrafo anticipábamos: la difusión de bulos siempre ha existido, lo único que ha cambiado es la manera en la que estos se difunden.

Son infinitos los ejemplos que respaldan la anterior afirmación y, si bien fines y medios han ido variando – a decir verdad, lo cierto es que ha sido notable el cambio en los medios de difusión, y no tanto en los fines –, es fácil identificar diferentes hitos de relevancia histórica cuyo porvenir estuvo determinado por informaciones intencionadamente manipuladas. Así, durante las Guerras Médicas<sup>1</sup>, y más concretamente en la conocida como Batalla de Salamina, los griegos derrotaron a los persas gracias a que Sicino – esclavo de Temístocles –, haciéndose pasar por traidor, hizo creer a los persas que la armada griega escaparía de noche, logrando con esto que la flota persa se dividiera creyendo que así impedirían una huida que, en realidad, jamás tendría lugar.

Por otro lado, también los cristianos sufrieron ya en el año 64 d. C las consecuencias de la difusión malintencionada de una información inexacta y que durante y hasta muchos años después hizo que fueran señalados como autores del gran incendio que en dicho año arrasó Roma. En este caso fue Nerón quién, para tratar de disipar las sospechas que concurrían sobre su persona, decidió atribuir su autoría a una de las minorías religiosas que por aquel entonces existía en Roma.

Por último, mucho más reciente es el ejemplo de la propaganda nazi contra los judíos: primero el partido nazi y después el gobierno alemán, utilizaron el cine, la televisión y la radio

---

<sup>1</sup> En el contexto histórico se conoce como Guerra Médicas a los conflictos que desde el año 490 a. C hasta el año 449 a. C tuvieron lugar entre el Imperio Persa y los estados de la Antigua Grecia.

para influir en la opinión pública señalando al pueblo judío como los culpables de los problemas económicos y morales de la nación alemana.

Abandonando el pasado y centrándonos en el presente, la difusión de bulos hoy goza de un protagonismo inusitado. Sorprende a este autor no ya el hecho de que las nuevas tecnologías – y más concretamente las redes sociales – sean empleadas como un instrumento más al servicio de quienes pretenden influir en la opinión pública sin importar la veracidad de lo difundido, sino más bien cómo auténticos disparates son capaces de calar en la sociedad y extenderse, antes boca a boca, hoy clic a clic, permeando fácilmente los discursos de hombres y mujeres que, deliberadamente o no, contribuyen a extender el “virus” como si de la COVID-19 se tratase. Y es que es precisamente la rapidez con la que se extienden lo que configura las *fake news* como el instrumento idóneo para manejar el timón de la opinión pública, y es por eso por lo que no solo ha sido este autor el que ha centrado su foco de atención en ellas: la Unión Europea, muy recientemente el Ejecutivo Español, el Centro de Investigaciones Sociológicas y, constituyendo el punto de partida del presente TFM, la Secretaría Técnica de la FGE en su informe del mes de abril de este atípico 2020.

Pero ¿cuáles son los elementos que revisten de actualidad el tema que nos ocupa? ¿cuáles son los factores que contribuyen a su vigencia y hacen posible la difusión deliberada de informaciones falsas? En primer lugar habríamos de señalar a la globalización y a todo el conjunto de avances tecnológicos que permiten que exista la conexión permanente que hoy día caracteriza nuestra sociedad. Me explicaré mejor: en la Batalla de Salamina Temístocles se valió de su esclavo Sicinio para extender el bulo; hoy día basta con acceder a Internet para tener acceso a casi infinitas versiones de una misma realidad, basta con un teléfono móvil con acceso a la red para crear una de esas versiones<sup>2</sup> y, basta con hacerla pública para que sin mayor demora alguien la encuentre y decida hacerla suya. Notablemente más sencillo, rápido y falsamente desinteresado.

Directamente relacionada con esta conexión permanente – que sin lugar a duda presenta muchos aspectos positivos pero también un gran número de problemas de esos que podríamos denominar de reciente creación, propios y exclusivos del Siglo XXI – se haya la permanente exposición a los medios de comunicación. A juicio de quien suscribe esto es realmente algo que debería comportar únicamente beneficios; dicho esto, para que esa conclusión fuese real

---

<sup>2</sup> Ciertamente conviven en esta especie de “ecosistema” noticias de profesionales de la información – periodistas – con las noticias que cualquier particular puede crear y compartir, lo que contribuye aún más a este fenómeno.

habríamos de ser lo suficientemente responsables como para hacer un uso sensato de todas las implicaciones que tiene dicha exposición: la accesibilidad, la inmediatez, la capacidad de enfocar esa información a tus intereses, las prácticamente infinitas fuentes, la inmediata posibilidad de contraste, etc.

Por otro lado, no solo somos los usuarios los que debemos consumir con moderación lo que la Revolución Digital nos ofrece; y es que no debería ser utópico que el periodismo pivotase sobre el eje central del contraste y la veracidad. Pero, lejos de coincidir esto con el escenario actual<sup>3</sup>, la permanente conexión empuja a la continua difusión de información como si de una carrera se tratase, como si importase publicar antes y no mejor. Este es, sin duda, otro de los ingredientes que configura ese caldo de cultivo idóneo para el brote y la difusión de los bulos<sup>4</sup>.

Apuntados algunos de esos factores que hacen posible la desinformación deliberada, lo que realmente pretende este trabajo es analizar la posible relevancia penal de la difusión de bulos e informaciones engañosas, debiendo diferenciar como punto de partida esta conducta cuya relevancia penal será estudiada de la divulgación involuntaria de información cuya falta de veracidad se desconoce. En las siguientes líneas y a lo largo de los diferentes apartados será abordado el debate que, con una vigencia sin precedentes aprovechando el contexto de la pandemia originada por la COVID-19, se plantea entre la protección penal de la que determinados bienes jurídicos gozan y la necesaria libertad de información y expresión que indubitadamente debe estar presente en un Estado democrático y de Derecho.

Más concretamente, ¿es posible cometer un delito a través de la difusión deliberada de una información intencional e interesadamente manipulada? De ser afirmativa la respuesta, ¿existe un precepto que específicamente contemple como típica esta conducta? A esas preguntas trataré de responder en las sucesivas líneas.

---

<sup>3</sup> No en vano es empleado el término utópico, conceptualizado en este caso como el escritor E. GALEANO definía la propia utopía: ese horizonte hacia el que avanzar.

<sup>4</sup> De hecho, La Organización Mundial de la Salud (OMS) emplea desde hace tiempo el anglicismo *infodemic* para referirse a un exceso de información acerca de un tema, mucha de la cual son bulos o rumores que dificultan que las personas encuentren fuentes y orientación fiables cuando lo necesiten.

## 2. ¿QUÉ SON LAS *FAKE NEWS*? BREVE APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.

Lógicamente antes de estudiar el posible encaje penal, o mejor dicho, la posible identificación de conductas penalmente típicas, es necesario delimitar la frontera del concepto de la desinformación y las *fake news*.

No existe en la RAE una definición de este término bajo la mencionada denominación, pero sí que existen multitud de conceptos que guardan una relación muy estrecha y que nos permiten concretar, al menos, algunos de los que podríamos identificar como elementos de una noticia falsa.

Personalmente creo que el punto de partida, por su semejanza desde un punto de vista interpretativo, debe ser la definición de bulo que la RAE nos ofrece<sup>5</sup>:

*“1. Noticia falsa propalada con algún fin.”*

Veremos como dicha acepción es perfectamente identificable con la que las *fake news* - entendidas como a continuación se describe y a lo largo de todo el trabajo se conceptualizan - tienen. Falsedad – falta de veracidad -, propalamiento – en términos de difusión – e interés – en relación con el fin o pretensión a la que obedece -.

Siguiendo con esta delimitación ya en el año 2017 era la editora de diccionarios COLLINS la que la elegía la palabra del año, definiéndola de la siguiente manera:

*“Una información falsa, a menudo sensacionalista, diseminada y divulgada bajo la apariencia de una noticia real.”*

Lo hacía aludiendo a un desorbitado incremento del término en el último año – íntimamente relacionado con la campaña de Donald TRUMP – y acertadamente también recogía gran parte de su configuración esencial.

Siguiendo con el tópico de la citada categoría, eran los diccionarios OXFORD los que señalaban el término *post-truth* como palabra del año 2016, ya incorporada a fecha del presente a la RAE en su equivalente castellano: posverdad; quizá el único término hoy día capaz de discutir el protagonismo y la actualidad de las *fake news*. Así lo define la RAE:

---

<sup>5</sup> De hecho, cuando en Internet utilizando el explorador se introduce “RAE *fake news*” el primer resultado al que los algoritmos conducen es a la acepción que la RAE recoge para el término bulo.

*“1. Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales.”*

Vemos, por tanto, que más que una discusión se advierte cierto complemento entre ambos. Incluso podríamos si fuera objeto del presente trabajo exponer sin mucho esfuerzo la innegable relación entre la difusión de los bulos como elemento esencialmente contributivo a la posverdad que según uno u otro interés pretendiéramos dibujar.

Por último, y paradójicamente base conceptual sobre la que la Secretaría Técnica de la FGE elabora su informe de abril de 2020, necesariamente debe hacerse mención a la desinformación. Según la RAE, desinformar es:

*“1. Dar información intencionadamente manipulada al servicio de ciertos fines.*

*2. Dar información insuficiente u omitirla.”*

De todo lo anterior puede colegirse que el elemento configurador de las *fake news* es el carácter deliberado de la difusión, a sabiendas de que existe en lo difundido una inobservancia, total o parcial, de la realidad a la que se refiere.

Esto es precisamente lo que debe servir para delimitar el primero de los “cortafuegos” que el Derecho Penal debe observar, ello en aras de salvaguardar la eficacia del principio de intervención mínima que rige en el ejercicio del *ius puniendi* estatal. No cabe duda por tanto que la difusión deliberada de información inexacta y la posible relevancia penal que puede concurrir en dicho comportamiento debe diferenciarse muy claramente de la divulgación involuntaria de información cuya falta de correspondencia con los hechos se desconoce<sup>6</sup>.

Delimitado esto debemos relacionar ahora el medio con el fin, otro de los aspectos que configuran la realidad objeto de estudio. De todas las definiciones *ut supra* expuestas, concretamente en las recogidas por la RAE para el concepto de bulo, posverdad y desinformación se aprecia, además de la deliberación anteriormente mencionada, la orientación finalista de la acción. Se concibe totalmente en términos teleológicos: no es más que un medio dirigido a producir un resultado buscado. Se trata por tanto de una acción aparentemente desinteresada, pero que realmente la mayoría de las veces es concebida para servir de base fáctica –inexistente– a conclusiones y razonamientos guiados de manera sibilina. Es por ello que, sea cual sea el fin o el resultado buscado con el nacimiento de cada bulo, prácticamente todos pasan por la influencia en

---

<sup>6</sup> Como no podría ser de otra manera dada la configuración necesariamente dolosa del injusto.

la opinión pública que resulta fácilmente maleable a través de los medios y la conexión permanente mencionada en las primeras líneas de este trabajo.

Sobre la base de todo lo anterior y a los efectos de delimitar en el presente TFM el confuso escenario en el que éste se desarrolla, propone quién suscribe la siguiente definición: difusión deliberada de una información carente total o parcialmente de veracidad –ya sea a través de la falta absoluta de correspondencia con la realidad fáctica, o bien presentando esta última de una manera tendenciosamente fragmentada – orientada generalmente a influir y manipular la opinión pública guiándola al servicio de un interés concreto.

Hechas las merítadas precisiones y delimitado el aspecto central y medio comisivo para la ejecución de la acción típica, pasaremos en los sucesivos apartados a estudiar como en función de los elementos concurrentes y la afectación de uno u otro bien jurídico podría llegar a ser dicha conducta constitutiva de delito y, en especial, en relación con los previstos en el artículo 510 del CP.

### **3. EL TRATAMIENTO PENAL DE LAS *FAKE NEWS* SEGÚN LA FGE.**

La pandemia generada por la COVID-19 ha traído consigo multitud de retos y nuevas circunstancias a las que la sociedad ha hecho y aún debe hacer frente. Más concretamente y dejando de lado ya todas las generalidades aludidas en los precedentes apartados, lo antedicho se refiere a cómo dentro de la situación generada por la crisis sanitaria se dan las condiciones idóneas para que algunas personas, aprovechando el desconcierto y descontento existente, traten de atacar determinados bienes jurídicos a través de la difusión de noticias falsas muy variadas tanto en su contenido como en su finalidad.

Esta situación fue percibida, entre otros órganos, por el Ministerio Fiscal representado a estos efectos por la FGE. Así, la propia FGE publicaba bajo la denominación de “Repertorio de actuaciones FGE<sup>7</sup>” el 20 de abril de 2020 un documento en el que se explicaba cómo se había coordinado la respuesta ante la inédita situación que se estaba viviendo. Repasaba en él cómo de manera armonizada y conjunta se había trabajado con el resto de las instituciones del Estado, y cómo dentro de la propia Fiscalía también se había organizado el trabajo. Así, en el apartado 2.2.4 referido a la Secretaría Técnica, se puede observar la primera de las menciones

---

<sup>7</sup> [Link al documento indicado.](#)

que a los efectos de señalar un punto de partida para el presente TFM nos interesa: bajo la rúbrica de “Estudios, informes y análisis en relación con las necesidades que han ido surgiendo y previsiblemente surgirán como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19” aparece recogido el siguiente: “Estudio sobre la repercusión e implicaciones penales de la difusión de *fake news*”.

Seguro que prácticamente cualquiera de los que se hallen leyendo las presentes líneas percibieron el eco más o menos intenso de la focalización por parte de la FGE en la difusión de los bulos o *fake news*. Una vez más y constituyendo la enésima demostración de todo lo que viene siendo apuntado comenzó el bombardeo de la opinión pública con el siguiente mensaje y con muy variados fines: difundir bulos es constitutivo de delito. El claro ejemplo de una información totalmente inexacta, imprecisa y que *per se* parece indicar que nuestro CP contempla un precepto específico dedicado a castigar esta difusión. Pocos días después de su publicación, la FGE ante las numerosas preguntas acerca de la condición del mencionado estudio lo calificó como un documento interno de trabajo.

Pasando por alto esto y continuando con el trabajo de la FGE, el mencionado estudio no aparece bajo la denominación indicada en el repertorio de actuaciones, sino finalmente con el título de “TRATAMIENTO PENAL DE LAS *FAKE NEWS*”<sup>8</sup>, sin firma que lo suscriba pero atribuyendo su autoría a la Secretaría Técnica en su encabezado.

En dicho documento lo que advierte la Secretaría Técnica es que es posible que con la difusión de bulos o *fake news*, y dependiendo de a qué se refieran y con qué intención sean difundidas, pueden llegar a ser cometidos muy variados ilícitos penales. Haciendo las veces de introducción, parte del concepto que la propia RAE ha delimitado y asignado a la acción de desinformar – recogido en el correspondiente apartado del presente TFM – para, después, referirse a cómo la situación derivada de la crisis sanitaria ha contribuido a la constitución del caldo de cultivo idóneo para que algunas personas traten de atacar determinados bienes jurídicos, citando entre otros el patrimonio y, especialmente, el de aquellas personas que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad.

Lejos de ser un estudio o un análisis profundo acerca de la posible relevancia penal de la difusión de una de estas noticias falsas, en dicho documento la Secretaría Técnica se limita a relacionar una serie de delitos debidamente tipificados en el CP con su posible comisión a través

---

<sup>8</sup> A fecha del presente el mencionado documento no aparece ya colgado en la web [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es), si entre otras, en la web del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

de *fake news*. No expone, por tanto, los requisitos o elementos configuradores del tipo penal indicado, ni cómo esas exigencias legales podrían ser satisfechas y consecuentemente entenderse integradas en su totalidad las conductas típicas a través de este fenómeno desinformativo.

### **3.1. DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIO.**

El primero de los delitos a los que la Secretaría Técnica se refiere es el **delito de incitación al odio** recogido en el **artículo 510 del CP**. Sin entrar en discusión o viabilidad acerca del encaje jurídico, en dicho documento se limita a recoger dos recientes casos en los que la Fiscalía Provincial de Barcelona interpuso sendas querellas contra dos ciudadanos por la atribución falsamente deliberada de determinados hechos a un colectivo social vulnerable, concretamente, los MENAS o menores extranjeros no acompañados.

Así, la primera de esas querellas tiene lugar – y constituyéndose como la primera en la historia – a raíz de un video publicado originalmente por una internauta en la red social Twitter en junio del año 2019. En él se podía observar cómo varios alumnos en un entorno escolar vociferaban, lanzaban papeles a la profesora y tumbaban mesas y sillas en medio de gritos y burlas; acompañando dicho video del siguiente mensaje: *“Te mando un video de un centro educativo para los emigrantes menores de edad que entran ilegalmente en España. Te ruego que lo difundas para que España se entere de una vez como nos agradecen que los acogamos”*. A raíz de dichos hechos y tan solo unos días después la Fiscalía Provincial de Barcelona incoaba las Diligencias de Investigación Nº. 568/2019. Como resultado de dichas diligencias la autora es identificada y le es tomada declaración en calidad de investigada por la presunta comisión de un delito tipificado en el artículo 510.2.a), concurriendo el subtipo agravado del artículo 510.3 del CP. Sin perjuicio de que posteriormente sea expuesto el caso con mayor profundidad, según las investigaciones llevadas a cabo por los Mossos el video realmente recogía unos hechos que habían tenido lugar en Brasil y que la internauta de una manera deliberadamente falsa pretendía vincular a los menores extranjeros no acompañados.

El segundo de los supuestos tuvo lugar apenas unas semanas después y a raíz de la propagación de un bulo con idéntico objetivo, esta vez atribuyendo a un MENA una supuesta agresión y violación a una mujer en Canet de Mar. Las imágenes se trataban en realidad de una agresión sucedida en China – difundida por las propias autoridades del país para tratar de identificar al agresor - en la que un hombre tras propinar decenas de puñetazos y patadas en la

cabeza a una mujer y tras dejarla inconsciente, trataba de bajar sus pantalones para finalmente acabar cogiéndola por el pelo y arrastrándola fuera del campo de visión de la cámara. Junto con el video, el ahora investigado publicó las siguientes palabras: *“a estos que les daremos la paguita hasta los 23 años, los niños de ‘Pedrito Piscinas’. Por cierto , después, para más INRI, la viola, estos energúmenos y estas manadas de marroquíes no saldrán en los medios.”*

Ante estos hechos son incoadas las Diligencias de Investigación N°. 586/2019 y, entre otras actuaciones se llevó a cabo un estudio completo del perfil en la red social Twitter del querellado. Así y aunque por el objeto del trabajo prescindía ahora de entrar en valoraciones acerca de su contenido fueron descubiertos multitud de mensajes con un contenido notablemente racista e incitador al odio, motivo por el que además de la solicitud de la incoación de Diligencias Previas al Juzgado Decano de Martorell se solicita la medida cautelar del cierre cautelar del perfil de la red social Twitter<sup>9</sup>.

De manera similar a lo que ocurría en el primero de los supuestos en este, según el fiscal, con la publicación del video y el mensaje, con manifiesto desprecio a la verdad y de forma masiva e indiscriminada entre todos los potenciales usuarios de Twitter, pretendía su autor difamar y asociar de manera generalizada con actos violentos y agresiones sexuales a los MENAS, aumentando así de manera deliberadamente artificial los prejuicios y estereotipos contra el colectivo con el consiguiente riesgo de generar sentimientos de rechazo y hostilidad social hacia ellos. A estos efectos resulta necesario incidir en que apenas unos días antes había tenido lugar una violación atribuida a dos menores de edad en Canet de Mar y que dicha publicación indubitadamente pretendía asociar dichos hechos con los menores extranjeros no acompañados.

Tras haber contactado con la Fiscalía Provincial de Barcelona y, más concretamente con Don Miguel Ángel Aguilar – fiscal coordinador del Servicio de Delitos de Odio de la Fiscalía Provincial de Barcelona –, desde dicho órgano han facilitado a quién suscribe y previa eliminación de datos personales las querellas *ut supra* referidas. Así, aprovechando que los delitos recogidos en el artículo 510 CP gozan a día de hoy de un gran protagonismo y trascendencia – aunque sin poder de ninguna manera competir en esos términos con otros tales como la sedición recogida en el artículo 544 del CP – y la inestimable contribución al ámbito académico y al presente TFM que constituye permitir a este autor el acceso a la citada

---

<sup>9</sup> A fecha del presente trabajo la cuenta según la red social Twitter ya no existe.

documentación por parte de la Fiscalía Provincial de Barcelona, en el epígrafe correspondiente serán debidamente comentados ambos asuntos.

### **3.2. DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS.**

El siguiente delito cuya posible comisión plantea la Secretaría Técnica de la FGE es el de **descubrimiento y revelación de secretos** recogido y tipificado en el **apartado 3 del artículo 197 del CP**. En este caso la mención se limita a apuntar cómo podría, en el caso de que la desinformación fuese acompañada de la revelación de datos personales auténticos y verdaderos, existir un concurso de delitos con el citado precepto.

A este respecto debe discrepar humildemente quien suscribe por lo siguiente. Como es de sobra conocido el concurso de delitos, *per se*, exige que para su existencia se cometan al menos dos delitos y, en función de la relación existente entre los mismos, dicho concurso es calificado como ideal, real o medial resultando de aplicación las correspondientes reglas penológicas. Dicho esto, del contenido del escueto párrafo que la Fiscalía dedica a la posible comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos lo que parece inferirse es que existiría un concurso delictual entre el tipificado por el precepto citado y otro por la acción desinformativa, por la difusión del bulo. Sin embargo, no existe en nuestro CP delito alguno que castigue específicamente esa conducta, ello sin perjuicio de que con la misma pudiera estar cometándose algún otro delito y, siendo precisamente esta premisa sobre la que parte el desarrollo del documento cuyo estudio ahora se efectúa, llama poderosamente la atención lo que respetuosamente entiende este autor un error por parte de la Secretaría Técnica de la FGE.

### **3.3. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.**

A continuación se plantea la posible comisión de un **delito contra la integridad moral**. Es el **artículo 173, en su apartado primero**, el que tipifica dentro del CP el trato degradante con una pena de 6 meses a 2 años de prisión. En este caso la Fiscalía se limita a señalar que únicamente “en casos de muy extrema gravedad y siendo la víctima una persona individual” podría darse este supuesto. De manera breve y sin perjuicio de ulterior concreción, resulta muy interesante plantearse como la difusión de bulos podría constituir el medio comisivo idóneo para colmar las exigencias legales y jurisprudenciales que configuran el tipo penal citado. En

este sentido, entre otras, resoluciones como la STS N° 663/2014<sup>10</sup>, de 15 de octubre o la STS N° 233/2009<sup>11</sup>, de 03 de marzo han establecido los siguientes elementos configuradores del tipo:

- 1) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.
- 2) Un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto.
- 3) Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

A simple vista parece que todos ellos podrían entenderse integrados por medio de la difusión de *fake news*. Asimismo, ha sido señalado por el Alto Tribunal<sup>12</sup> que una conducta única y puntual con la intensidad lesiva suficiente sería susceptible de ser encuadrada en el precepto, sin necesidad de que se prolongue en el tiempo o revista cierta permanencia; cuestión igualmente compatible con la conducta objeto de análisis. Por último, y como apunta DELGADO SANCHO<sup>13</sup> en sintonía con el TS<sup>14</sup>, otra característica de este delito es su carácter residual, siendo aplicado ante hechos o conductas cuya subsunción en otros tipos penales no resulta plenamente realizable o adecuada de conformidad con la entidad de la conducta penalmente reprobable. Todo parece indicar que, efectivamente y siempre que se dieran una serie de condicionantes, podría cometerse un delito contra la integridad moral a través de noticias falsas.

### **3.4. DESÓRDENES PÚBLICOS.**

El siguiente delito cuya posible comisión se plantea por la Secretaría Técnica de la FGE es el de **desórdenes públicos** recogido en el **artículo 561 del CP**. Esto ocurriría en el caso de *fake news* que, conteniendo mensajes de alarma, atentados terroristas o catástrofes, provocaran situaciones de peligro para la sociedad o, por otra parte, afirmaran falsamente un siniestro del que se derivase la necesidad de auxiliar a un ciudadano y con ello ocasionaran la movilización de servicios de policía o asistencia.

---

<sup>10</sup>[número de recurso 10996/2013].

<sup>11</sup>[número de recurso 1449/2008].

<sup>12</sup> STS 1770/2007, de 31 de enero de 2007 [número de recurso 752/2006].

<sup>13</sup> DELGADO SANCHO, C. D.: “Doctrina legal sobre la tortura y otros delitos contra la integridad moral”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 48, año 2017. Pág. 5.

<sup>14</sup> STS 418/2015, de 10 de febrero de 2015 [número de recurso 10578/2014].

Aunque este delito no plantea tanta división en la doctrina como los de incitación al odio o salud pública<sup>15</sup> la determinación de su bien jurídico no está exenta de controversia, *máxime* considerando su redacción actual. Así, autores como CAMPOMANES CALEZA<sup>16</sup> consideran que estos delitos contra el orden público protegen un bien jurídico instrumental; es decir, un esquema necesario que el Estado debe mantener para lograr un clima de convivencia en el que las personas puedan hacer uso de sus derechos y libertades.

Entiende el mismo autor que hoy día el orden público ha quedado relegado a la protección de las instituciones encargadas de mantener la convivencia<sup>17</sup>, mientras que es la paz pública la que debe entenderse como esa especie de ecosistema creado para el desarrollo de la vida en libertad.

Otros, autores como COLOMER BEA<sup>18</sup> consideran que el bien jurídico protegido en este supuesto concreto es el mismo que el que pretende proteger el artículo 558 del CP; esto es, según MUÑOZ CONDE<sup>19</sup> el orden público entendido como normalidad en el desenvolvimiento de las actividades que se desarrollan en determinados espacios públicos.

Por último a estos efectos si bien cierta parte de la doctrina considera que al haber eliminado el *animus* de atentar contra la paz pública y exigir el desplazamiento efectivo de los servicios de emergencia podría plantearse que el bien jurídico protegido es el posible trastorno en la organización de dichos servicios y el coste que pudiera generar<sup>20</sup>. No obstante personalmente considero que efectuar dicha afirmación implicaría entender inculpada la simple movilización injustificada de los servicios de emergencia sin requerir repercusión efectiva en el orden público y esto no resulta compatible con los principios y garantías del Derecho Penal concebido como respuesta ante lesión de un bien jurídico protegido.

---

<sup>15</sup> Especialmente en lo que se refiere a la anticipación del ámbito de aplicación del Derecho Penal, cuestión que será abordada con el estudio de los delitos que tipifica el artículo 510 del CP.

<sup>16</sup> CAMPOMANES CALEZA, A.: “Desórdenes públicos”. De la obra coordinada por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, N. y los autores ARÉVALO FERNÁNDEZ, L., SAN JOSÉ ESTELA, M., MORA DÍEZ, P., LÓPEZ ORDIALES, J., CAMPOMANES CALEZA, A., ENTRALGO FERNÁNDEZ, J., RODRÍGUEZ RUIZ, R.: *Análisis jurídico de las fake news en los tipos penales*. Editorial Sepin, Madrid, 2020. Pág. 46.

<sup>17</sup> En este sentido fue en la STS Nº 3441/1994, de 29 de noviembre la primera en la que el Alto Tribunal abordó la distinción entre el orden público y la paz pública; más recientemente por ejemplo en su STS 1879/2018, de 17 de mayo [número de recurso 296/2017].

<sup>18</sup> COLOMER BLEA, D.: “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2017, número 18-19, págs. 1-28.

<sup>19</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial, 20ª ed.* Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2015. Pág. 766.

<sup>20</sup> ALONSO RIMO, A.: “Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (arts. 557.2 y 559 CP)”. *Estudios penales y criminológicos*. Número 35, 2015. Pág. 405.

En cuanto a la conducta prevista el artículo 561 contempla tanto la afirmación como la simulación de una situación de peligro. Nos centraremos en la primera dada que por su propia naturaleza la simulación no resulta compatible con el empleo de bulos como medio comisivo.

Así, la acción típica que podría encajar en el supuesto que nos ocupa consistiría en afirmar – por tanto, asegurar o dar por cierto algo – un suceso que, con conocimiento de la falta de veracidad del mismo – al ser un delito doloso –, va a o puede provocar – cabría el dolo eventual, no así la imprudencia – la movilización de los servicios de emergencia<sup>21</sup>.

La información debe ser del todo inexacta, incierta o totalmente inveraz de modo que, de no concurrir en dichos términos la falta de veracidad la acción no será considerada típica<sup>22</sup>. A pesar de ser una información totalmente inveraz, debe presentar por otro lado una cierta apariencia de credibilidad<sup>23</sup>. Por último y como delito de resultado para entender como típica la acción es necesario que se produzca con dicha afirmación la movilización efectiva de los servicios de emergencia<sup>24</sup>. ¿Es necesario que dicha movilización se derive de que la afirmación vaya dirigida a los propios servicios de emergencia?

La respuesta entiendo debe ser negativa y por ello encajaría dentro del tipo penal la comisión mediante la difusión de *fake news*. Ahora bien, como ya se ha mencionado en este trabajo la gran variedad de fuentes y posibilidad de contraste dificultaría que los ciudadanos otorgasen credibilidad al bulo hasta el punto de que, por su intrínseca viralidad, llegase a los citados servicios de emergencia o algún ciudadano receptor de la noticia falsa se pusiera en contacto con ellos.

En síntesis, cabe plantearse la comisión de este delito por medio de la difusión de *fake news* siempre que se cumpliesen una serie de circunstancias que ciertamente reducen las posibilidades. Tendría que tratarse de una afirmación que siendo ciertamente creíble careciese de veracidad alguna y, por otra parte, que quien difundiera el bulo lo hiciera con conocimiento no sólo de esa falta de veracidad – afirmar falsamente – sino también asumiendo al menos la posibilidad de que efectivamente pudiera provocar el desplazamiento y la movilización de los servicios de emergencia, desplazamiento que evidentemente debería existir al tratarse de un delito de resultado.

---

<sup>21</sup> AAP de Barcelona 142/2019, de 11 de marzo de 2019.

<sup>22</sup> AAP de Barcelona 142/2019, de 11 de marzo de 2019.

<sup>23</sup> AAP de Girona 310/2018, de 05 de junio de 2018.

<sup>24</sup> AAP de Barcelona 142/2019, de 11 de marzo de 2019.

### **3.4.1. UN CASO REAL: DIFUSIÓN DEL BULO DE LA CAJERA CON COVID-19 ¿DELITO DE SIMULACIÓN DE PELIGRO?**

En plena pandemia y más concretamente en abril del año 2020 surge una nueva noticia relacionada con las *fake news* como medio comisivo de ilícitos penales. Concretamente en este caso se trataba de una mujer que por medio de una nota de voz difundida a través de WhatsApp extendió el bulo en Cieza (Murcia) de que una cajera de una cadena de supermercados conocida en la zona tenía coronavirus y estaba ocultándolo, comprometiendo con ello la salud de los clientes.

A pesar de que la información era falsa llegó a extender por todo el municipio. Como consecuencia muchos ciudadanos decidieron efectuar sus compras en otros establecimientos y esto provocó que el supermercado indagase el motivo de semejante descenso de clientes. Descubiertos los motivos se presentó una denuncia ante la Guardia Civil que, tras una investigación y su identificación procedió a la detención de la autora original por un presunto delito de desórdenes públicos. ¿Existió verdaderamente la conducta típica que acabamos de analizar?

A la luz de lo que quién suscribe ha podido saber la respuesta debe ser negativa en todo caso. ¿La razón? Tratándose de un delito de resultado esa efectiva movilización de los servicios de emergencia no existió y, por ende, no se completó la conducta típica que requiere el tipo.

De haber existido podríamos plantearnos la existencia de un delito pero esto implicaría entrar en valoraciones acerca del elemento subjetivo del cuál desconocemos las circunstancias fácticas. A primera vista, si la difusora original del bulo lo hubiera hecho con conocimiento de la falta de veracidad y a sabiendas de que se produciría una efectiva movilización de los servicios de emergencia – que no se produjo en el caso concreto – sería tarea de los tribunales valorar la posible comisión del ilícito penal.

No obstante y como apunta la fiscal Escarlata GUTIÉRREZ MAYO, el derecho penal es la última ratio y el ejercicio del *ius puniendo* del Estado, en consonancia con el principio de mínima intervención, exige por su carácter garantista que las leyes penales sean interpretadas de manera restrictiva.

Por todo ello, sin perjuicio de que en este caso concreto no pueda hablarse de la comisión del delito 561 del CP, dándose las condiciones requeridas no parece que sea descabellado pensar que podría efectivamente ser cometido por medio de la difusión de *fake news*.

### **3.5. DELITO DE INJURIA. DELITO DE CALUMNIA.**

A renglón seguido del anterior, la Fiscalía plantea, o mejor dicho indica en apenas dos frases, que es posible entender integrados los tipos penales de **injurias** del **artículo 209** o de **calumnias** del **artículo 206**, ambos del CP, mediante las *fake news*. Si partimos de las definiciones y el trabajo de conceptualización expuesto en el anterior epígrafe puede advertirse de manera sencilla la ostensible conexión que existe entre estas dos infracciones penales y las noticias falsas que con conocimiento de su falta de veracidad son difundidas, especialmente en lo que se refiere a los tipos agravados con razón de la publicidad con la que se efectúan.

Existe una conexión evidente entre estos tipos delictivos y las *fake news*, sin embargo y por razones relacionadas con el límite y el objeto del presente TFM no será abordada en profundidad. No obstante conviene matizar ahora y a pesar de lo anterior que como tantas veces ha señalado la jurisprudencia, imputar a una persona la comisión de hechos que podrían ser objeto de un grave reproche social – referirse a la misma como estafador o ladrón, por ejemplo<sup>25</sup> – no podría integrar el tipo de calumnias, ello sin perjuicio de que si pudiera ser constitutivo de un delito de injurias que, en el caso que nos ocupa y dada su publicidad podría implicar hasta 14 meses de multa. Resulta, por tanto, muy interesante además de todo lo expuesto la interrelación existente entre los dos tipos penales citados.

### **3.6. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA, ESTAFAS E INTRUSISMO.**

Uno de los apuntes más interesantes y que con el transcurso de los meses ha cobrado aún mayor vigencia y protagonismo que cuando el presente estudio fue publicado es el que recoge en dicho documento la Secretaría Técnica de la FGE en relación con los delitos contra la salud pública, las estafas y el intrusismo, entendidos todos ellos referenciados en su estricta conceptualización penal.

Al respecto del primero y sin concretar el precepto específico en el que podría subsumirse la difusión deliberada de bulos, lo que viene a plantear la Fiscalía es si la difusión de noticias falsas sobre métodos curativos – incluidos los que pudieran tener por objeto la “curación” de la COVID-19 – carentes de contraste médico o claramente ineficaces pudiera ser constitutivo de alguno de los delitos contenidos en el **Capítulo III del TÍTULO XVII**.

---

<sup>25</sup> STS 202/2018, de 25 de abril de 2018 [número de recurso 1524/2017].

Entiende la Secretaría Técnica que por la redacción del tipo y los verbos utilizados a la hora de describir la acción típica resultaría muy complicado entender ésta efectivamente completada.

Otros, como el autor RODRÍGUEZ RUIZ<sup>26</sup> consideran en cambio que, de conformidad con la doctrina fijada por el TS<sup>27</sup> el **delito contra la Salud Pública** recogido en el artículo 359 del CP tiene como denominador común en lo que se refiere al producto despachado, suministrado o comercializado su incidencia negativa en la colectividad, incidencia entendida en términos lesivos de la salud de la comunidad. Advierte así el Alto Tribunal que el objeto material de la conducta prevista no se circunscribe a un elenco cerrado de sustancias, sino que abarca a todas aquellas que son susceptibles de generar deterioros y perjuicios en las condiciones físicas o psíquicas de un individuo. Por otro lado, señala el citado autor que de la configuración del tipo se puede colegir a estos efectos una necesaria o cierta estabilidad en el ofrecimiento de los productos a los consumidores, no siendo subsumible por tanto a su juicio la venta esporádica que un individuo particular realiza de una sustancia que no es prohibida por no constituir droga tóxica, estupefaciente o psicotrópica<sup>28</sup>.

Entiende RODRÍGUEZ RUIZ que podría concluirse que fácilmente podrían darse las conductas integradas en la categoría de noticias falsas que, por su difusión, podrían lesionar el bien jurídico en los términos que demanda el tipo penal. A tal efecto se refiere al supuesto en el que a través de las redes sociales se comercializara – implicando por tanto la correspondiente publicidad y venta – un producto capaz de neutralizar la COVID-19, siendo posible considerar dicha conducta delictiva en los términos *ut supra* expuestos siempre que el meritado producto fuera efectivamente nocivo para la salud.

Personalmente este autor comparte más bien la tesis de la Fiscalía: a pesar de la amplísima redacción de los tipos penales referidos a los delitos contra la Salud Pública, son demasiados los condicionantes que deberían darse para poder entender integrada la conducta típica con la difusión de bulos – y nunca *per se* cometidos a través de la mera difusión –, tratándose de una interpretación a mi juicio excesivamente extensiva del precepto citado y que

---

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, R.: “Delitos contra la salud pública relacionados con el comercio, la estafa y el intrusismo”. De la obra coordinada por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, N. y los autores ARÉVALO FERNÁNDEZ, L., SAN JOSÉ ESTELA, M., MORA DÍEZ, P., LÓPEZ ORDIALES, J., CAMPOMANES CALEZA, A., ENTRALGO FERNÁNDEZ, J., RODRÍGUEZ RUIZ, R.; *Análisis jurídico de las fake news en los tipos penales*. Editorial Sepin, Madrid, 2020. Pág. 82.

<sup>27</sup> Entre otras, en su STS 29/2020, de 04 de febrero [número de recurso 2469/2018].

<sup>28</sup> En apoyo de lo mencionado, el citado autor apunta la SAP Barcelona 4067/2012, de 05 marzo de 2012 [número de recurso 72/2011] que consideró atípico una venta ilegal y puntual al por menor de ketamina por no tratarse de un comercio ejercido habitualmente a los consumidores en general.

implicaría una inadmisibles lesión de la seguridad jurídica y algunos de los principios rectores en el Derecho Penal como son la tipicidad y legalidad.

Al hilo de todo lo expuesto continúa la Secretaría Técnica señalando que, de ir acompañada la anterior conducta de la existencia de un negocio – algo que por la propia naturaleza de la conducta estará presente casi la totalidad de las veces – y, dicho negocio sustente buena parte de su publicidad en las *fake news* interesada y deliberadamente difundidas acerca de las falsas propiedades curativas de una hipotética sustancia, podríamos estar ante la comisión de un delito de **estafa** regulado en la **sección 1ª del Capítulo VI del Título XIII del CP**.

Por último, se advierte además que, de ser exigible un título acreditativo de la capacitación exigida y habilitante para el ejercicio profesional, las conductas anteriormente descritas y los ilícitos penales cuya comisión implicasen podrían entrar en concurso con el delito de **intrusismo** recogido en el **artículo 403 del CP**. Este sería el caso en el que la publicidad efectuada atribuyera la condición de médico a la persona que efectuase el ofrecimiento de productos con capacidades curativas para el COVID-19.

### **3.7. DELITOS CONTRA EL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES.**

En este séptimo inciso la FGE alude a la posible comisión de delitos cuya conducta típica aparece recogida en la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII del CP.

Concretamente, el primero de los ilícitos cuyo posible encaje recoge el documento es el contemplado en el **artículo 282** del citado texto legal referido concretamente a la **publicidad fraudulenta** por parte de fabricantes o comerciantes sobre sus productos o servicios. Señala ya el artículo que es exigible la potencial capacidad para que en atención a las inciertas características anunciadas pueda causarse un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. No sólo eso, ya el propio precepto y así lo confirma la jurisprudencia<sup>29</sup> exige la concurrencia de elementos subjetivos concretos para poder subsumir la conducta en este delito. A estos efectos y en lo que se refiere al sujeto activo – por destacar una de sus características más relevantes en relación con el objeto de estudio del presente TFM – la citada sentencia recoge lo siguiente:

---

<sup>29</sup> En este sentido ver la STS 357/2004, de 19 de marzo [número de recurso 813/2003].

*"1.º Sujeto activo ha de ser un fabricante o comerciante. Se trata, por tanto, de un delito especial propio, que en los casos como el presente –persona jurídica como titular de tal condición– requiere la aplicación de la regla del art. 31 CP, perfectamente adecuada aquí, pues los dos acusados actuaron en estos hechos en representación de tal persona jurídica."*

Se trata, por tanto de delitos especiales propios que requieren de la concurrencia de una serie de requisitos concretos en lo que al sujeto activo se refiere; siendo este el principal escollo que podría existir a la hora de plantearse la efectiva realización de la conducta típica a través de la difusión de *fake news*, ello sin perjuicio que, de concurrir los elementos y requisitos del tipo, pudiera subsumirse la difusión en el tipo.

Por último y con un carácter aún más específico la FGE recoge el supuesto planteado en el número 2º del apartado primero del artículo 284 del CP. Este precepto tipifica como delictiva la difusión de noticias o rumores sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar precios de instrumentos financieros. La relación con las *fake news* es evidente y, más allá de la necesidad de que concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo, podría plantearse la comisión de este delito a través de la difusión de noticias falsas<sup>30</sup>.

#### **4. DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIOS Y DELITO DE ODIOS. SU COMISIÓN POR MEDIO DE *FAKE NEWS*.**

Analizado el documento de la FGE y expuestas someramente algunas precisiones al respecto, en el presente epígrafe será estudiado con la mayor profundidad posible – dentro de las limitaciones que configuran y condicionan este TFM – el posible encaje penal que la difusión de bulos o *fake news* puede tener dentro del Código Penal y, más concretamente, dentro de los delitos tipificados por el artículo 510 del CP.

En dicho precepto se recogen las conductas típicas de los denominados delitos de incitación al odio y delitos de odio, cuya comisión por medio de *fake news* fue advertida y perseguida ya por la Fiscalía Provincial de Barcelona a principios de este año 2020. Aprovechando la vigencia de los tipos, lo controvertido de sus conductas típicas y el traslado

---

<sup>30</sup> Un ejemplo claro de la influencia que las *fake news* podrían tener sobre los instrumentos financieros y el mercado bursátil lo constituyen las noticias relativas a las vacunas contra la COVID-19 y las importantes fluctuaciones derivadas de las diferentes informaciones que se hacen públicas.

por parte de la citada fiscalía a este autor de diferentes escritos y resoluciones de los casos reales, en el presente epígrafe serán estudiados en profundidad estos delitos y relacionados con los supuestos de hecho ya anticipados.

#### 4.1. INTRODUCCIÓN

El 14 de marzo de 2020 es declarado el Estado de Alarma en todo el territorio español mediante el Real Decreto 463/2020 que impone a su vez severas restricciones a la movilidad y a la actividad económica.

En este contexto, a principios del mes de abril del corriente se hace viral un vídeo de un supuesto ciudadano madrileño que, grabándose a sí mismo, declara a la cámara que él, junto con al menos 4.000 personas más llegadas desde Madrid a Torre Vieja, han arrasado un conocido supermercado y que van a contagiar el virus a todos los habitantes de la citada localidad. Expresiones tales como “a ver si os morís de hambre. Que os vamos a contagiar el virus. Que os jodan. Que soy de Madrid y que os den por culo”.

El 09 de abril de 2020, escasas horas después de que el video se convierta en un fenómeno viral, circulando por cadenas de WhatsApp y las diferentes redes sociales, la cuenta oficial de Twitter de la Guardia Civil publica el siguiente mensaje anunciando su detención:

*“#NoTieneGracia*

*Hacer un #cutrevideo vacilando en RRSS de haber viajado desde #Madrid para contagiar a los vecinos de Torre Vieja.*

*Visita al #HotelTricornio por presunto delito de odio.*

*... además mintió en su mensaje, ya que es residente allí”*

Como se aprecia *ut supra*, la Guardia Civil alude a un presunto “delito de odio”. Con posterioridad a esa detención y tras la incoación de las Diligencias Previa N.º 551/2020, concretamente en fecha 11 de abril de 2020 el Ilustre Juzgado de Instrucción N.º 1 de Torre Vieja dicta un Auto – al que ha tenido acceso este autor y que será objeto de estudio posteriormente

- en el que resuelve el trámite previsto en el artículo 505 de la LECrim con el siguiente pronunciamiento:

#### PARTE DISPOSITIVA

Que estimando la petición de libertad interesada, **DEBO ACORDAR y ACUERDO** la **LIBERTAD PROVISIONAL** del investigado **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, **en lo que se refiere a la presente causa, siempre que no estuviese privado de libertad por otra causa o Tribunal,** , **IMPONIÉNDOLE LA PROHIBICIÓN DE RESIDIR O ACUDIR AL MUNICIPIO DE TORREVIEJA** mientras dure la tramitación de la presente causa y siempre que contraiga la obligación apud acta de comparecer ante el Órgano Judicial más cercano a su domicilio cuantas veces fuere llamado por estos hechos.

Se acuerda por tanto la libertad provisional del por aquel entonces investigado – anticipo ahora que el sobreseimiento libre y consecuente archivo de las actuaciones tuvo lugar en agosto del presente año – imponiendo como medida cautelar personal la prohibición de residir o acudir al municipio de Torreveja durante la tramitación del procedimiento.

Llama la atención que por las FFCCSSE se haya podido apreciar relevancia penal en la conducta descrita y no solo eso, también resulta llamativa la medida cautelar adoptada por el Ilustre Juzgado arriba mencionado. No cabe duda que el video y la totalidad de su contenido resulta notoriamente inadecuado y posiblemente merecedor del contundente reproche social que generó, pero ¿es realmente constitutivo de delito? ¿debe ocuparse el Derecho Penal de entrar en juego ante la difusión de un desafortunado video como este?

A este autor, en su momento, le surgieron importantes dudas no solo en relación con la posible relevancia penal y la eventual tipificación, sino también en relación con la adopción de una medida cautelar como la acordada. Dichas dudas no fueron disipadas y, de hecho, se vieron confirmadas cuando en agosto de 2020 se dictó Auto de sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones.

No obstante, ¿es posible cometer un delito de incitación al odio a través de la difusión de *fake news*? ¿existió en el caso anteriormente señalado una conducta penalmente típica? Estas serán las cuestiones abordadas en los siguientes apartados del presente TFM.

## 4.2. TRATAMIENTO PENAL. ¿DELITO DE ODIO O DELITO DE INCITACIÓN AL ODIO?

Es común – tan común que tanto la FGE como la propia Guardia Civil lo emplea – encontrar referencias a la posible comisión de un delito de odio supuestamente tipificado en el artículo 510 del CP pero ¿recoge el citado texto legal el denominado delito de odio?

La respuesta a esta pregunta no es unánime en la doctrina. Mientras que algunos autores consideran que realmente lo que se tipifica en el CP son los delitos de incitación al odio<sup>31</sup>, otros consideran que sí es posible hablar de delitos de odio en alguno de los supuestos que recoge el precepto *ut supra* mencionado.

A estos efectos y como apunta SAN JOSÉ ASENSIO<sup>32</sup> podemos encontrar dos diferencias esenciales:

- 1) Mientras que en el delito de odio el enfoque se centra en la motivación del autor, en el delito de incitación al odio lo relevante es el contenido, la forma y la ideología expresada.
- 2) Mientras que un delito de odio requiere la existencia subyacente de un ilícito penal, cuando se habla de incitación al odio dicha circunstancia no está presente de manera que, de eliminarse por ejemplo el componente racista el discurso no presenta relevancia penal alguna.

En consecuencia lo que la citada autora entiende como tipificado en el CP son delitos que castigan el denominado discurso de odio – o incitación al odio – mientras que, es un único supuesto en el que entiende que existe un verdadero delito de odio; concretamente el que recoge el apartado segundo del artículo 510 del CP y que es, precisamente, al que se refiere la FGE en sus querellas<sup>33</sup> en el documento elaborado por la Secretaría Técnica.

Por otra parte, podría hablarse – *latu sensu* – de un delito de odio en aquellos supuestos en los que sobre la base del delito preexistente concurra el agravante previsto en el supuesto

---

<sup>31</sup> En la línea de lo que parece indicar el TC en la STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020 [recurso de amparo 2476-2017]: “El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia.”

<sup>32</sup> SAN JOSÉ ASENSIO, M.: “Delitos de odio”. De la obra coordinada por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, N. y los autores ARÉVALO FERNÁNDEZ, L., SAN JOSÉ ESTELA, M., MORA DÍEZ, P., LÓPEZ ORDIALES, J., CAMPOMANES CALEZA, A., ENTRALGO FERNÁNDEZ, J., RODRÍGUEZ RUIZ, R.; *Análisis jurídico de las fake news en los tipos penales*. Editorial Sepin, Madrid, 2020. Pág. 9.

<sup>33</sup> No siendo el que justificó la adopción de la medida cautelar anteriormente mencionada por el Ilustre Juzgado de Instrucción N.º 1 de Torreveja en cuyo Auto alude únicamente a la posible comisión de un delito recogido el artículo 510, apartado primero, tercero y cuarto.

cuarto del artículo 22 del CP; esto es la comisión del mismo por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación.

Personalmente, del análisis de los elementos configuradores de las conductas típicas recogidas por el precepto 510 este autor igualmente entiende y comparte la tesis *ut supra* expuesta por los motivos que más tarde serán señalados.

Es decir, cuando se habla de delito de odio la referencia debe entenderse efectuada a la comisión de un delito en el que concurre la motivación que se recoge en la circunstancia agravante cuarta del artículo 22 CP y, si bien podría categorizarse el delito como de odio – en atención a la motivación – esta mera conceptualización no debe difuminar la verdadera naturaleza del delito concreto – lesiones, homicidio etc. –.

*Stricto sensu*, únicamente cabe hablar de delito de odio cuando la conducta típica es la recogida en la letra a) del apartado segundo del artículo 510 del CP. Por contra, el resto de las conductas típicas que recoge el artículo 510, en su redacción derivada de la reforma en virtud de la Ley Orgánica 1/2015 son, en realidad y a juicio del que suscribe, delitos de incitación al odio o el llamado discurso de odio.

### **4.3. ¿LIBERTAD DE EXPRESIÓN O DISCURSO DE ODIO?**

Es de obligada mención hacer un somero apunte a la posible colisión entre la tipificación de los delitos de incitación al odio y la libertad de expresión. Como ocurre con muchos otros tipos penales existe una gran controversia en lo que se refiere a delimitar la frontera y los límites de la libertad de expresión.

¿Cuándo se entiende extralimitado ese derecho y en consecuencia se hace necesaria la respuesta del *ius puniendi* estatal? Esta controvertida delimitación presentaría la entidad suficiente para dedicar el presente TFM exclusivamente a la misma. No obstante y no siendo objeto del mismo en el presente apartado se apuntarán las líneas o directrices que desde el TC y el TS han sido determinadas para la fijación de una frontera tan borrosa.

No cabe duda, la libertad de expresión se reconoce constitucionalmente como un Derecho Fundamental en su artículo 20. Sin embargo, relacionándolo con el Derecho Penal y

al igual que ocurre por ejemplo con la presunción de inocencia<sup>34</sup>, debe ceder ante la lesión de otros bienes jurídicos y en todo caso siempre y cuando dicha lesión presente la entidad suficiente. En síntesis, no es un derecho absoluto y así lo han reconocido tanto el TEDH como nuestros TC y TS.

En lo que al TEDH respecta, entre otros en los casos “Ferret contra Bélgica”, 16 de julio de 2009 y “Vejdeland y otros contra Suecia”, de 9 de febrero de 2012 el mencionado Tribunal parte de la siguiente premisa: la libertad de expresión admite las limitaciones proporcionadas sobre *“toda forma de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”*. Así, continúa especificando que la incitación al odio no requiere necesariamente un llamamiento a un acto de violencia concreto, de modo que, por ejemplo, incitar a la discriminación sería suficiente para que las autoridades privilegiesen la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad o la seguridad de las partes.

En cuanto a nuestro TC, la STC 112/2016, de 20 de junio de 2016<sup>35</sup>, recoge y sintetiza los límites operativos y que razonablemente cercenan la libertad de expresión:

*“La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc.”.*

Y por último el propio TS también se ha pronunciado en esta línea, entre otras, en la STS 646/2018, de 14 de diciembre de 2018<sup>36</sup>, señalando lo siguiente:

*“Lo que ocurre es que cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede limitar la intervención penal para aquellos hechos que supongan un resultado o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, [...] en la STC 177/2015 se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso de odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de “dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima [...]”*

---

<sup>34</sup> Sirvan de ejemplo las presunciones aplicables en los delitos contra la salud pública en relación con la consideración de que la sustancia estupefaciente, en función de la cantidad incautada, se presume que puede estar predestinada a la venta y no al consumo.

<sup>35</sup> [recurso de amparo 2514-2012].

<sup>36</sup> [número de recurso 2162/2017].

*o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”.*

Despejadas las dudas acerca de la legítima limitación de la libertad de expresión pasaremos ahora a estudiar las diferentes conductas típicas que al artículo 510 del CP recoge, así como algunos de los aspectos más controvertidos que configuran el tipo penal en cuestión.

#### **4.4. EL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO PENAL. TIPOS PENALES.**

La FGE publicó en el año 2019 la Circular 07/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, a la luz de la reiterada jurisprudencia que rige en la materia. En dicho documento se hace referencia a todos los aspectos que configuran estos delitos, desde el bien jurídico protegido hasta su régimen penológico. Sobre la base del mismo se expone la siguiente información de aquellos aspectos que, con motivo de las limitaciones intrínsecas a un TFM, he querido destacar por su relación con el objeto del presente, ello sin perjuicio de que no exista una opinión doctrinal unánime al respecto.

##### **4.4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.**

En cuanto al bien jurídico protegido, la FGE en consonancia con el Alto Tribunal<sup>37</sup> señala como tal la dignidad de las personas, lo que implica que las expresiones y actos han de tener la gravedad suficiente como para lesionar la dignidad de los colectivos sobre los que se efectúa. Esto se deriva de lo que antes se explicó: el discurso de odio no encuentra amparo en la libertad de expresión porque esta no se encuentra en una esfera de protección superior a la de la dignidad de una persona o colectivo.

##### **4.4.2. NATURALEZA JURÍDICA.**

En cuanto a su naturaleza jurídica se configuran como delitos de peligro abstracto, a excepción de la infracción de resultado tipificada en la letra a) del apartado segundo del artículo

---

<sup>37</sup> En este sentido, entre otras, ver la STS 646/2018, de 14 de diciembre [número de recurso 2167/2017].

510<sup>38</sup>. Esto significa que, al igual que ocurre con el delito contra la salud pública previsto en el artículo 368 del CP, la barrera punitiva se anticipa adquiriendo entidad propia la conducta meramente generadora de un riesgo para el bien jurídico protegido. En otras palabras, no se exige la efectiva materialización del riesgo<sup>39</sup>.

A título de ejemplo y existiendo numerosa jurisprudencia al respecto, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo 72/2018, de 09 de febrero, cuando señala al respecto del artículo 510 del Código Penal que es:

*“tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio», que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuridicidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia [y] por eso considerado lesivo”*

Por tanto, como conclusión y todo ello sin perjuicio de que no resulte esto aplicable al supuesto *ut supra* mencionado, la acción típica no requiere fomentar un acto concreto, sino que la conducta presente la idoneidad y aptitud para generar un clima de odio o discriminación susceptible de provocar acciones frente a un grupo o sus integrantes.

#### **4.4.3. SUJETO PASIVO Y SUJETO ACTIVO.**

No plantea controversia alguna la determinación del sujeto activo ya que no requiere de ningún tipo de circunstancia concurrente de carácter especial; ello sin perjuicio de señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 bis y 510 bis del CP estos delitos pueden ser cometidos también por personas jurídicas. Dicho esto, mención especial merece el sujeto pasivo.

---

<sup>38</sup> Recordemos que es este al que precisamente aludía la Secretaría Técnica en el documento “Tratamiento penal de las *fake news*” cuando se refería a las querellas presentadas por la Fiscalía Provincial de Barcelona frente a la difusión de bulos contra el colectivo de los MENAS.

<sup>39</sup> Este es uno de los aspectos más controvertidos al respecto de este tipo de delitos, entendiendo parte de la doctrina, como JUAN LUIS FUENTES OSORIO, que esta – para algunos – excesiva anticipación de la protección penal demanda la correspondiente justificación de su relevancia objetiva, ello en términos de la estructura del injusto. A estos efectos FUENTES OSORIO, J.: “El odio como delito”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Número 19-27, 2017. Pág. 10.

A este respecto de nuevo se plantea una importante división de opiniones. Por su parte la FGE, en las pautas que da para su interpretación, entiende que la especialidad del sujeto pasivo del tipo se traduce únicamente en que el desvalor de la acción tenga lugar con razón de la pertenencia a un determinado grupo, ello sin necesidad de que dicho grupo tenga la consideración de vulnerable.

Esto es lo que lleva a la FGE a asegurar lo siguiente:

*“El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos.”*

Por el contrario, la mayor parte de la doctrina y, en este caso, a juicio del que suscribe en una interpretación más razonable del precepto entiende que sí que es necesaria esa pertenencia a un colectivo vulnerable. Esa conclusión parece ser la que viene aplicando en su doctrina tanto el TS como el TC. Entre otras, el Alto Tribunal en su STS 47/2019, de 04 de febrero de 2019<sup>40</sup> dijo lo siguiente:

*“Nos adentramos en la tipicidad de los delitos de odio. El término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación.”*

Esta es la razón subyacente por la que vienen descartando los tribunales apreciar la existencia de delitos de incitación al odio cuando el presunto sujeto pasivo de los mismos se trata, por ejemplo, de policías o del mundo taurino, ello con independencia de que los ataques efectivamente se produzcan con razón de la pertenencia a un grupo concreto, pero no concurriendo los elementos del tipo al no ser vulnerable ni estar discriminado.

---

<sup>40</sup> [número de recurso 1916/2018].

#### **4.4.4. MOTIVOS DISCRIMINATORIOS.**

Partiendo de la necesidad de estar ante un grupo especialmente vulnerable en relación con el sujeto pasivo, cobra aún mayor importancia plantearse si las causas discriminatorias contempladas son *números clausus*. La respuesta – y en esto sí que existe cierta unanimidad – es afirmativa: las causas de discriminación se enumeran en una lista de carácter cerrado – igual que ocurre con los supuestos mencionados en el apartado cuarto del artículo 22 del CP – de modo que fuera de dichos supuestos no cabe plantearse la comisión de uno de los delitos tipificados en el artículo 510 del citado texto legal. Sin embargo, apunta la FGE que aunque pudiera no subsumirse en dicho tipo la conducta, sí que cabría plantearse la existencia de otras circunstancias, tales como el abuso de superioridad.

Por otra parte no procederé ahora a repasar todas y cada una de las causas o motivos discriminatorios que contempla el CP ya que desviaría el tema objeto del presente TFM. Dicho esto, posteriormente cuando sea estudiado el posible encaje de los ejemplos que se han ido exponiendo a lo largo de los precedentes epígrafes será abordado someramente el motivo supuestamente aplicable.

#### **4.4.5. CONDUCTAS TÍPICAS.**

##### **4.4.5.1. Fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia.**

Según la dicción literal del artículo 510.1.a), se refiere a:

*“Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.*

La acción típica viene integrada por el fomento, la promoción o la incitación, en todo caso directa o indirectamente y de manera pública, al odio, la discriminación o la violencia contra un grupo. Castiga este supuesto por tanto el ya mencionado discurso de odio, la incitación al odio.

De conformidad con lo recogido por la Fiscalía en su Circular 07/2019, este precepto tipifica no la mera exposición del discurso de odio, sino su promoción pública<sup>41</sup>. Es por ello que la acción típica debe ser idóneamente susceptible de generar el riesgo – real, si bien puede ser potencial – de que sean cometidos hechos discriminatorios motivados por el discurso de odio. Como ya fue anticipado, se trata de un delito de peligro abstracto.<sup>42</sup>

Respecto a lo anterior no parece existir obstáculo alguno que impida su comisión a través de las *fake news*, idóneas por sus características para generar ese peligro abstracto sin necesidad de incitar a la realización de un acto concreto. Igualmente se vería cumplida la exigencia de que esta promoción se lleve a cabo públicamente.

Por otro lado, el propio precepto alude al carácter directo o bien indirecto de la promoción o el fomento al odio, discriminación o violencia frente al grupo concreto. Esto implica, en primer lugar, que la esfera de actuación del *ius puniendi* en este caso se amplíe más allá de la incitación directa que el artículo 18 del CP señala para la apología y, por otro lado y en palabras de GASCÓN CUENCA<sup>43</sup> permite avanzar en la protección de las víctimas al ser subsumibles esos comportamientos que de forma indirecta, sutil y taimada, pueden llevar a cabo perfectamente las conductas descritas.

Por tanto y a juicio del que suscribe es perfectamente posible integrar los elementos del tipo a través de la difusión dolosa de *fake news* en Internet<sup>44</sup>. De hecho, el fomento, la promoción o la incitación pública susceptible de generar el riesgo de que sean llevados a cabo hechos o actos discriminatorios, encuentra en las redes sociales y la ya mencionada conexión permanente un “oasis” para su proliferación. Ahora bien, advierte ya la FGE que la incitación indirecta debe presentar la potencialidad suficiente para poner en peligro a los colectivos afectados<sup>45</sup> y esta idoneidad es la que debe ser valorada en cada caso concreto por los tribunales atendiendo al contexto, la intención o las posibilidades de difusión.

---

<sup>41</sup> LARRÁYOZ SOLA, I.: Pautas de la Fiscalía General del Estado para interpretar los delitos de odio del artículo 510 del Código Penal. Circular FGE 7/2019, de 14 de mayo”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Número 09, 2019. Pág. 2.

<sup>42</sup> En palabras de M.<sup>a</sup> ESTELA SAN JOSÉ ASENSIO: “Se trata de conductas que están en los límites de la participación intentada de una discriminación efectiva y que se castigan, aunque no se produzca esta”.

<sup>43</sup> GASCÓN CUENCA, A.: “La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. La modificación del artículo 510 CP.”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. Número 32, 2015. Pág. 75.

<sup>44</sup> Debe recordarse que en todo caso esto debe entenderse referido a los supuestos de difusión deliberada de información total o parcialmente falsa; diferente en todo caso de la difusión de *fake news* desconociendo la falta de veracidad del bulo.

<sup>45</sup> Recoge la Circular 07/2019 que, por ejemplo, no es subsumible en la acción típica la difusión de la noticia falsa de que los inmigrantes colapsan los servicios sociales.

#### **4.4.5.2. Elaboración, tenencia y/o difusión de soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia.**

Según la dicción literal del artículo 510.1.b), se refiere a:

*“Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, [...]”*

Las conductas típicas aquí recogidas hacen referencia a dos grupos claramente diferenciados: por una parte la fabricación – *producción y elaboración* – y por otra la relación con terceros– mediante la *posesión* con la finalidad de distribución, difusión y venta -. Recoge por tanto un comportamiento previo al señalado en la letra anterior, ampliando de tal manera el ámbito de actuación del Derecho Penal a una esfera anterior a la efectiva distribución<sup>46</sup>. Ahora bien, entender su comisión en esta fase previa a la distribución debe supeditarse a la idoneidad del material para el fomento, promoción o incitación pública al odio, de manera que solo sería punible esta conducta si pudiera ser englobada en un contexto en el que sea factible entender que existe un riesgo para el bien jurídico, es decir, que efectivamente sea factible la generación de un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia.

En cuanto al objeto material es admitido cualquier tipo de escrito o soporte, incluyendo el electrónico. Esto es lo que permite relacionar el precepto con las *fake news* siempre y cuando se cumplan el resto de los requisitos exigibles. Así, la propia FGE ha señalado que lo relevante en cuanto a ese soporte es que su contenido sea objetivamente idóneo para fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente al odio, hostilidad o discriminación por los motivos que recoge el CP.

Dicho lo anterior, en el caso de que el material no solo sea idóneo – y punible, por tanto, esa fase previa a la distribución – sino que además sea empleado para fomentar el odio la

---

<sup>46</sup> Esto es muy criticado por la doctrina y existe una importante división. Algunos, como ALASTUEY DUBON entienden que esto quiebra el principio de proporcionalidad ya que al no haber llegado al público aún no se ha producido la lesión del bien jurídico, mientras que otros como GASCÓN CUENCA conciben esto como una consecuencia de configurarse el tipo como de peligro abstracto, materializándose el delito con la realización del comportamiento prohibido sin necesidad de ningún tipo de resultado lesivo ulterior.

conducta según la FGE es subsumible en realidad en la letra anterior por aplicación del denominado principio de progresión delictiva.

Por tanto, la conducta típica que recoge esta letra b) del apartado primero del artículo 510 es también susceptible de ser integrada mediante la elaboración de bulos y la difusión de *fake news*, toda vez que el soporte electrónico entra dentro de la referencia efectuada a “cualquier otra clase de materia o soporte”. Sin embargo, por la propia naturaleza de las *fake news* y la difusión intrínseca a las mismas, lo más razonable sería considerar que por ese principio de progresión delictiva, la elaboración o producción de las mismas que castiga esta letra b) se vería ulteriormente calificada como lo previsto en la letra a), al ser difundidas y efectivamente promover, incitar o fomentar al odio, la discriminación o la violencia contra un grupo vulnerable.

Dicho esto, ¿constituía el video sobre Torrevieja y la supuesta llegada de 4.000 ciudadanos madrileños dispuestos a contagiar y acabar con las existencias de un supermercado un ejemplo de efectiva comisión del delito previsto en el artículo 510.1.a) y b), .3 y .4 del CP a través de la difusión de *fake news*?

#### *4.4.5.2.1. Diligencias Previas 551/2020: ¿Delito de incitación al odio?*

Expuesto el asunto en la introducción y analizadas las supuestas conductas típicas que integran el presunto delito es momento de analizar el Auto del Ilustre Juzgado de Instrucción Nº 1 de Torrevieja de 11 de abril.

El Fundamento de Derecho Segundo del mismo concreta lo siguiente: “*En el presente caso, y a la vista de lo expuesto por la defensa y tomando en consideración lo informado por el Ministerio Fiscal, ha de concluirse que el delito del que se acusa al investigado (510 .1 .a y .b, .3 Y .4 del CÓDIGO PENAL) en su tipo básico [...]*”

Lo primero que llama la atención – al margen del empleo del apresurado verbo “acusar” apenas iniciada la instrucción de la causa y sin que lógicamente existiera en ese momento escrito de acusación alguno – es que se haga mención a las dos conductas típicas antes descritas a pesar de la subsunción en la primera en virtud del principio de progresión delictiva.

La aplicación del apartado 3 del artículo 510 no plantea duda alguna, ya que efectivamente los presuntos hechos habrían tenido lugar a través de Internet, más concretamente un medio de comunicación social, haciéndolo accesible a un elevado número de personas. De

igual manera, parece razonablemente correcto considerar que el contenido del video era idóneo para crear un grave sentimiento de inseguridad, circunstancia prevista en el apartado 4 del artículo mencionado, aunque esto ya es más discutible.

Como ya se ha señalado, de existir alguna conducta penalmente típica sería la prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 510, de modo que será el encaje en dicho supuesto el que será analizado en las sucesivas líneas de este trabajo.

El citado Auto justifica el posible encaje en los siguientes términos:

*“[...] las expresiones proferidas en el referido video VIRALIZADO a través de redes sociales, no solo incita claramente al odio hacia la población de Torrevieja al desearles en reiteradas ocasiones que “se jodan” o que “les den por culo” deseando que se produzca un contagio masivo de la enfermedad, comportando con ello la consiguiente alteración de la paz pública en la localidad motivada por la creación de un estado de inseguridad al afirmar que vino de Madrid (uno de los principales focos de contagio) en compañía de otras 4.000 personas y que ha arrasado con las estanterías del establecimiento MERCADONA cercano a la estación de autobuses, lo que ha generado suficiente alteración motivando decenas de llamadas de ciudadanos al puesto de la guardia civil demandando algún tipo de actuación, por la situación de inseguridad creada, a la vista del absoluto menosprecio mostrado no sólo hacia la población de Torrevieja en sí, sino a las personas enfermas de covid-19 o familiares, o incluso familiares de fallecidos por el virus letal.”*

Lo primero que puede advertirse y que rechazaría de plano considerar que exista un delito de incitación al odio es el incumplimiento de los elementos que deben concurrir en el sujeto pasivo según el TEDH y el TS. De ninguna manera es posible considerar que las personas residentes en Torrevieja sean un colectivo vulnerable y, por la misma razón, tampoco podría plantearse un delito de odio contra la población de Madrid.

Obviando esto, ¿existe realmente la conducta típica? El artículo 510 especifica claramente que la incitación al odio debe darse por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a etnia, raza o nación, origen nacional, sexo, orientación sexual, género, enfermedad o discapacidad. Dicha lista es cerrada y no cabe incorporar otros motivos por analogía. En ningún momento en el video su autor hace referencia a ninguno de ellos, de modo que, aun prescindiendo de la exigencia relativa al sujeto pasivo, tampoco concurre ninguno de los motivos que integra la conducta típica del precepto.

Por último y por mucho que el Auto lo mencione, tampoco parece existir una incitación al odio o la violencia contra los habitantes de Torrevieja que permitiera apreciar ese peligro abstracto que lo configura.

En síntesis y a juicio personal de quien suscribe, no es posible apreciar un delito de incitación al odio, no solo por no concurrir íntegramente los presupuestos necesarios – sujeto pasivo perteneciente a un colectivo vulnerable –, sino que tampoco la conducta ejecutada parece susceptible de generar el riesgo real de que sean cometidos hechos discriminatorios motivados por lo dicho en el video. A todo esto, es preciso advertir además que la medida cautelar adoptada – prohibición de residir en Torrevieja durante el curso del procedimiento – no solo no está prevista para la comisión de un presunto delito de incitación al odio, sino que tampoco entiendo que presente la justificación preceptiva de una medida cautelar en términos de la finalidad con la que debe ser adoptada.

Muy probablemente fueron todas estas razones las que llevaron a que en agosto de 2020 fue finalmente decretado el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones.

#### **4.4.5.3. Negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad.**

Según la dicción literal del 510.1.c), se refiere a quienes:

*“Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas [...] enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.”*

Como señala la FGE en su Circular 07/2019 la exigencia para apreciar este supuesto es doble: por una parte, es necesario que el sujeto pasivo se trate de un colectivo vulnerable – requisito común a todos los supuestos que recoge el artículo 510 – y, además, por otra parte, que la negación, trivialización grave o enaltecimiento promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra el colectivo. Es decir, debe suponer la

posibilidad de que se cree dicha situación para que así pueda entenderse el bien jurídico protegido afectado y legitimada la sanción penal conforme a la doctrina del TC<sup>47</sup>.

No presenta a simple vista dudas en este caso la posible comisión de este delito a través de *fake news*, siempre que estas por su contenido fueran susceptibles de provocar, con esa negación o enaltecimiento, el mencionado clima de hostilidad o discriminación frente al colectivo vulnerable al que van dirigidas; y siempre considerando que resultaría de aplicación el apartado tres del artículo 510 dada la pública difusión intrínseca a los bulos de este tipo.

#### **4.4.5.4. Humillación, menosprecio o descrédito a la dignidad de las personas.**

Según la dicción literal del artículo 510.2.a), se refiere a:

*“Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos [...] o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.”*

Se advierten aquí de manera clara dos conductas típicas: por una parte y como único delito de odio *stricto sensu* que recoge el CP, la lesión de la dignidad de las personas mediante la humillación, el menosprecio o el descrédito por los motivos que recoge el precepto y siempre que sea el sujeto pasivo un colectivo vulnerable o una persona que pertenece al mismo.

Por otra parte y en términos muy similares a los recogidos en el artículo 510.1.b), la fabricación o puesta a disposición de terceros de un material cualquiera susceptible e idóneo para lesionar la dignidad de los grupos o personas pertenecientes al mismo. Esta conducta es idéntica en términos materiales a la recogida en la letra b) del apartado 1 del artículo 510, con

---

<sup>47</sup> De conformidad con la STC 235/2007, de 07 de noviembre [cuestión de inconstitucionalidad 5152/2000]. Precisamente dicha resolución trajo causa de la reforma – en lo que se refiere al último inciso del apartado c) - por LO 01/2015 ya que aunque declaró la inconstitucionalidad de tipificar el mero negacionismo admitió la constitucionalidad de sancionar penalmente la justificación, si bien exigió que mediante esta conducta se generara, al menos, una incitación indirecta a la comisión de delitos contra el derecho de gentes o se provocare de modo mediato a la discriminación, al odio o al a violencia.

la salvedad de que en este caso los soportes han de ser idóneos para humillar, menospreciar o reflejar un descrédito grave.

Se trata, por tanto, de un delito de peligro abstracto al que le son aplicables las mismas conclusiones – en cuanto a su comisión por medio de las *fake news* - que las señaladas en el epígrafe 4.4.5.2, ello sin perjuicio de que para apreciar la tipicidad de esta conducta deba entenderse la idoneidad antes citada con la suficiente gravedad apreciada en cada caso por el tribunal correspondiente.

En lo que al primer inciso respecta, es opinión mayoritaria – incluyendo la de la FGE– que se trata de un delito de resultado en el que, por un lado, existe una lesión a la dignidad que trae causa de los motivos – y prejuicios – que señala el artículo. Atendiendo a lo anteriormente expuesto, es el único supuesto en el que se puede hablar en puridad de delito de odio<sup>48</sup>. Como consecuencia de lo anterior, en aquellos supuestos en los que pueda apreciarse el delito tipificado en el artículo 173 del CP – delito contra la integridad moral –, debe entenderse realmente como el tipificado en el artículo 510.2.a) con razón del principio de especialidad recogido en el artículo 8 del CP.

Dicho lo anterior, si nos planteamos la posibilidad de que por medio de las *fake news* pudiera llegar a ser cometido este delito, este autor considera que la respuesta debería ser afirmativa. Como requisitos: una efectiva lesión de la dignidad de las personas<sup>49</sup> y un sujeto pasivo perteneciente a un colectivo vulnerable – el propio colectivo vulnerable o una parte de él – al que se dirige la humillación, el menosprecio o el descrédito determinado y que trae causa de motivos racistas, ideológicos, religiosos y el resto de los previstos en el precepto.

#### *4.4.5.4.1. Las querellas de la Fiscalía Provincial de Barcelona. ¿Delito de odio frente a los MENAS?*

En el epígrafe 3.1. ya hicimos referencia a las dos querellas interpuestas por la Fiscalía Provincial de Barcelona – pioneras en la persecución penal de la difusión de *fake news* – por la difusión de videos en los que falsa y deliberadamente se atribuían diferentes hechos a este colectivo vulnerable. En el documento elaborado por la Secretaría Técnica, la FGE entendía

---

<sup>48</sup> SAN JOSÉ ASENSIO, M.: “Delitos de odio”. Op. Cit. Pág. 8.

<sup>49</sup> Aquí es donde entra en juego la ponderación que los tribunales deben hacer y así apreciar, en cada caso concreto, la efectiva lesión – que no idoneidad o potencialidad al no configurarse como un delito de peligro abstracto – que sufre el bien jurídico protegido. Quizá la mayor barrera.

que con dicha difusión podría entenderse constituida la conducta típica antes expuesta y utilizaba estos dos casos como ejemplo.

Habiendo contactado con la Fiscalía Provincial de Barcelona, el Fiscal Coordinador de la Sección de Delitos de Odio y Discriminación – Don Miguel Ángel Aguilar – ha facilitado al que suscribe ambas querellas para su estudio en el presente TFM. Además, tal y como citado fiscal me ha comunicado la tramitación del procedimiento ha seguido su curso encontrándose uno de ellos ya en el trámite de calificaciones provisionales.

Tratándose en ambos casos del mismo sujeto pasivo – inmigrantes, y más concretamente los menores extranjeros no acompañados – conjuntamente puede sostenerse que el requisito relativo a este y su identificación como un colectivo vulnerable en atención a condiciones sociales y personales<sup>50</sup> se cumple. Respondida afirmativamente esta primera cuestión, ahora analizaremos separadamente si efectivamente existe una lesión a la dignidad subsumible al tipo que recoge el artículo 510.2.a) del CP.

La cuestión es, ¿constituye la identificación de dicho colectivo como autores de las acciones que mostraban los videos una efectiva lesión a la dignidad que permita entender la difusión del bulo como un delito de odio?

A estos efectos, el TS, en su STS 656/2007, de 17 de julio<sup>51</sup>, se encargó de sintetizar el descrédito, el menosprecio y la humillación que menciona la descripción del tipo penal. A mayor abundamiento, en su Fundamento Jurídico Segundo identificó la humillación como “herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo”.

Y, al hilo de lo anterior, la propia FGE recopila en su Circular 07/2019 unos ejemplos de conductas que ya han sido consideradas por el TS como de “humillación” en algunas de sus resoluciones. Entre todas ellas y a los efectos que ahora nos interesa, se menciona que lo relevante es que dicha conducta exprese ideas tales como “la estigmatización sectaria de un colectivo o de sus integrantes que revele un manifiesto desprecio hacia su dignidad”.

Conviene ahora recordar los comentarios que acompañaban a los videos. Así, respecto de la agresión sexual (Diligencias de investigación N.º. 586/2019) – ocurrida originalmente en

---

<sup>50</sup> De conformidad con el ATSJ de Catalunya N.º 72, de 28 de junio de 2018, que inadmitió a trámite las querellas presentadas por la posible comisión de un delito de odio por considerar que la Policía – sujeto pasivo en dicho asunto – no era un colectivo vulnerable y, en consecuencia, no podía entenderse completada la acción típica.

<sup>51</sup> [número de recurso 2402/2006].

China y difundidas las imágenes por las propias autoridades del país asiático – el mensaje era el siguiente:

*“A estos que les daremos la paguita hasta los 23 años, los niños de ‘Pedrito Piscinas’. Por cierto, después, para más INRI, la viola, estos energúmenos y estas manadas de marroquíes no saldrán en los medios.”*

Igualmente, el video grabado supuestamente en un aula de un centro educativo para “menas” (Diligencias de investigación N.º. 568/2019) – habiendo ocurrido realmente en Brasil los hechos mostrados en la grabación – también iba acompañado de comentarios notoriamente racistas y estigmatizadores:

*“Te mando un vídeo de un centro educativo para los emigrantes menores de edad que entran ilegalmente en España. Te ruego que lo difundas para que España se entere de una vez cómo nos agradecen que los acogamos.”*

¿Puede entenderse esto como la anteriormente mencionada “estigmatización sectaria de un colectivo que revele un manifiesto desprecio hacia su dignidad”? Todo parece indicar que sí. De hecho, en ambos casos se difunde deliberadamente el bulo asociando de manera generalizada al colectivo vulnerable – menores extranjeros no acompañados – la violencia mostrada en el video; vinculando así esos actos incívicos y violentos con ese colectivo; contribuyendo no solo a despertar o aumentar los estereotipos y prejuicios entre la población – con el consecuente riesgo –, sino también indubitadamente y con una motivación claramente racista lesionando la dignidad de dicho colectivo y estigmatizándolo.

Por ello personalmente considero que en estos dos supuestos, con el debido respeto a la presunción de inocencia, resulta sostenible la subsunción de dichas conductas en el tipo penal recogido en el artículo 510.2.a), pudiendo ser por tanto calificadas como de un presunto delito de lesión de la dignidad de las personas por motivos de discriminación por origen nacional<sup>52</sup> con el agravante de difusión por un medio de comunicación social previsto en el apartado 3<sup>53</sup> del artículo 510 del CP.

---

<sup>52</sup> Recordamos en este punto que por aplicación del principio de *lex specialis* se subsume en el tipo del 510.2.a) y no en el artículo 173 del Código Penal.

<sup>53</sup> Explicado en el epígrafe 4.4.5.6. del presente TFM.

#### **4.4.5.5. Enaltecimiento o justificación de los delitos de odio.**

Según la dicción literal del artículo 510.2.b), se refiere a:

*“Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas [...] o a quienes hayan participado en su ejecución.*

*Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.”*

Conforme la doctrina del TS<sup>54</sup> el “enaltecimiento” consiste en ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo, mientras que “justificar” quiere decir que se hace aparecer como acciones ilícitas legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.

En este caso, ni si quiera se exige un ánimo incitador – de existirlo sería entonces de aplicación el segundo párrafo del apartado que ahora analizamos – de modo que la conducta típica es mucho más amplia que la prevista en la letra c) del apartado 1 del artículo 510 del CP. No obstante, se concreta y delimita ésta mediante la exigencia de que la conducta se realice por un medio de expresión pública o de difusión unido a la necesidad de que para verse afectado el bien jurídico la conducta debe presentar cierta entidad.

Dicho lo anterior, parece que por medio de la difusión de *fake news* y siempre que constituyera su contenido una justificación o enaltecimiento en los términos antes mencionados podría llegar a cometerse este delito; ello siempre y cuando se generase el peligro abstracto mínimamente exigible para el bien jurídico protegido.

---

<sup>54</sup> Entre otras, STS n.º 180/2012, de 14 de marzo [número de recurso 1638/2011], con cita de otras muchas anteriores como las 597/2010, de 2 de junio [número de recurso 2577/2009], 299/2011, de 25 de abril [número de recurso 2574/2010], y 523/2011, de 30 de mayo [número de recurso 122/2011].

#### 4.4.5.6. Tipos agravados de interés.

Por último es obligada una mera mención a los tipos agravados recogidos en el apartado tercero del artículo 510 por la estrecha relación con el objeto de presente Trabajo:

*“Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.”*

Se trata por tanto de la difusión mediática. Relacionado con la Directiva 2013/40 UE del Parlamento y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información de forma que ya en aquel año fueron advertidos los factores negativos de las tecnologías de la información e indirectamente derivado de los mismos se recoge lo *ut supra* transcrito en el artículo 510.

No cabe duda hoy día que los medios de comunicación abarcan desde los más tradicionales hasta los audiovisuales y electrónicos de hoy día, entre los que se incluyen las redes sociales - soporte más idóneo para la difusión de *fake news* -.

¿Qué diferencia esta difusión del carácter público recogido en las conductas de los dos primeros apartados? Se entiende<sup>55</sup> que en los dos primeros apartados se está haciendo referencia a la difusión del mensaje a una colectividad, pero sin el uso de un medio de comunicación masiva. Por el contrario este agravante contempla el uso de sistemas que resultan objetivamente adecuados para llegar a un número indeterminado de personas.

La conclusión que se deriva de lo anterior es que cuando se trata de *fake news*, generalmente difundidas por su propia naturaleza a través de estos *mass media*, la mencionada circunstancia agravante será siempre de aplicación.

---

<sup>55</sup> Así lo hace la FGE y, entre otros, autores como la ya citada INÉS LARRÁYOZ SOLA en LARRÁYOZ SOLA, I.: “Pautas de la Fiscalía General del Estado para ...” Op. Cit. Pág. 4.

## 5. CONCLUSIONES

**I.** Seguramente la proliferación y el notable aumento de la difusión de *fake news*, principalmente por medio de las redes sociales e Internet en general, haya sido advertida por prácticamente cualquiera de los que se halle leyendo estas líneas, ello sin necesidad de que este autor – o la FGE, el Centro de Investigaciones Sociológicas o el Ejecutivo español, entre otros – haya puesto el foco sobre la meritada cuestión a través del presente TFM.

Y es que resulta paradójico advertir que son precisamente los mecanismos que contribuyen a la difusión de noticias falsas y a la, hasta ahora, impunidad de dicha actividad, los que a su vez facultan y facilitan a todos los usuarios de Internet la posibilidad de frenar su transmisión utilizando principalmente para ello el arma del contraste como paso previo a la difusión. Como a lo largo del presente TFM se ha indicado, son casi infinitas las fuentes de información, es casi inmediato y mayormente gratuito el acceso a las mismas y por tanto, este proceso previo, esta “prueba de veracidad”, está prácticamente al alcance de todos y todas.

**II.** Dicho lo anterior y sin restar credibilidad a lo mencionado, lo cierto es que si bien es posible evitar en gran medida el nefasto resultado que potencialmente puede tener la difusión de una noticia falsa – mayor o menor en función de su contenido –, esto no debe implicar, *per se*, que deba descartarse la posibilidad de estar cometiendo un delito cuando se lleva a cabo dicha difusión; de igual manera que el CP castiga y configura multitud de delitos como de peligro abstracto, sin necesidad de resultado siempre que pueda entenderse típica la conducta.

Ahora bien, ¿es la difusión de bulos o *fake news* un delito previsto en el CP? O dicho de otro modo, ¿se tipifica dicha conducta como delictiva en el citado texto legal? La respuesta debe ser rotundamente no. En el Derecho Penal rigen una serie de garantías y principios que, integradas en la tutela judicial efectiva prevista en la Constitución Española, hacen del proceso penal español uno de los más garantistas a nivel europeo. Así, por imperativo legal únicamente es constitutiva de delito aquella conducta prevista como tal en el CP y, no estando prevista la difusión de bulos en tales términos, la respuesta a la anterior pregunta debe ser siempre negativa.

**III.** No obstante, que la difusión de bulos no esté prevista en el CP como un delito no implica que a través de la misma no pueda incurrirse en responsabilidad penal o, lo que es lo mismo, que constituya el medio comisivo idóneo para otros delitos específicamente previstos. En esta línea se pronunció la Secretaría Técnica de la FGE y tal y como someramente ha sido expuesto en las líneas precedentes y a lo largo de todo el presente TFM efectivamente es posible que la difusión de bulos o *fake news* conlleve la comisión de un delito.

Desde la posible comisión de delitos contra la integridad moral, pasando por los desórdenes públicos y hasta un posible delito de injurias, todos ellos debidamente contemplados en la norma penal y perfectamente susceptibles de ser cometidos siempre que concurren los elementos configuradores del tipo. En la mayor parte de los delitos cuya comisión podría relacionarse con la difusión de bulos o *fake news*, uno de esos elementos configuradores es su condición dolosa, y es ahí donde entra la distinción de la difusión a sabiendas de la falta de veracidad y la difusión ignorante de una noticia falsa; todo ello sin perjuicio del dolo eventual y la interesante relación que podría darse con esa accesible facultad de contraste antes referida.

**IV.** Con relación a los delitos de odio y la especial relevancia que puede tener la difusión de bulos y noticias falsas a efectos de ser cometidos estos delitos, del análisis efectuado concluyo que por su propia naturaleza y configuración son quizá uno de los ilícitos penales cuya comisión resulta más factible por esta vía. Sería necesario referirse a cada uno de los tipos que recoge el artículo 510 del CP para, con el debido rigor jurídico, sentenciar en apenas unas frases cuales son los requisitos para entender típica la conducta remitiéndose este autor a los precedentes apartados a estos efectos.

**V.** De especial interés resulta la conducta recogida por la letra a) del apartado segundo del artículo 510 CP, configurado como el único delito de resultado de los contemplados por dicho precepto y, como ya se ha dicho, único delito de odio *stricto sensu* contemplado por el CP.

Me gustaría aprovechar este momento para mostrar mi agradecimiento a la Fiscalía Provincial de Barcelona y, más concretamente, al Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación Don Miguel Ángel Aguilar, quién de una manera

totalmente desinteresada y con remarcable predisposición ha brindado a este autor la posibilidad de trabajar el presente TFM sobre dos supuestos auténticos, permitiendo con ello dotar este análisis del carácter vivo que presenta el Derecho.

**VI.** Los casos reales estudiados en los que la Fiscalía Provincial de Barcelona interpuso las correspondientes querellas constituyen el ejemplo perfecto de cómo por medio de *fake news* y su difusión deliberada puede producirse una efectiva lesión de la dignidad de las personas y, más concretamente, de un grupo o colectivo vulnerable al que se dirige el menosprecio o la humillación con la concurrencia de un móvil eminentemente racista. Concurriendo estas circunstancias es posible entender justificada la respuesta del *ius puniendi* estatal ante la transgresión del bien jurídico protegido.

**VII.** Dicho lo anterior, no cabe duda acerca del contundente reproche social que merece este tipo de conductas y, sobre todo, el servirse del contexto atípico – como una pandemia mundial – para atacar ciertos valores prescindiendo totalmente de la ética y de la propia realidad. Ahora bien, ¿es merecedora la difusión de *fake news* de reproche penal? ¿es compatible esto con el principio de mínima intervención del Derecho Penal?

**VIII.** En respuesta a esa pregunta personalmente considero que la libertad de expresión no debe amparar cualquier tipo de manifestación – sobre todo cuando se lleva a cabo en un contexto de publicidad y difusión con un objetivo claro – y que hay determinadas ideas que deben colocarse fuera del marco de la opinión pública – o, mejor dicho, del pluralismo político – ya que no solo resultan innecesarias para lo que se quiere expresar, sino que atentan contra la dignidad de colectivos vulnerables – de ahí que este autor no comparta la tesis de la fiscalía y considere que únicamente los colectivos vulnerables pueden tener la condición de sujeto pasivo en los delitos del artículo 510 CP – a los que el decurso histórico ha asignado una determinada posición social que demanda discriminación positiva – en forma de protección jurídico penal – por parte del Estado orientada a igualar ese desequilibrio.

**IX.** Sobre la base de lo anterior y consecuentemente a modo de opinión personal creo que la respuesta penal está plenamente justificada en ciertos casos, si bien ello no puede traducirse en una aplicación sistemática de los mecanismos penales ante cualquier difusión de noticias falsas. Y es que realmente la aplicación del *ius puniendi* es en realidad y a juicio

de este autor un “fracaso”, en el sentido de que realmente el discurso de odio y la intolerancia en general debe combatirse con la buena educación y por tanto con la prevención. No debe olvidarse además que las leyes penales deben interpretarse de manera restrictiva y que no puede y no se debe prescindir de garantías tales como el principio de legalidad o tipicidad con carácter exclusivamente instrumental y es que, la seguridad jurídica en su justa medida es una de las mayores virtudes del Derecho en general, y, por supuesto, del Derecho Penal.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### a) Monografías, capítulos y revistas

ALONSO GONZÁLEZ, M: “Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información.” *Revista Internacional de Comunicación*. Número 45, 2019.

ALONSO RIMO A.: “Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (arts. 557.2 y 559 CP)”. *Estudios penales y criminológicos*. Número 35, 2015.

CAMPOMANES CALEZA, A.: “Desórdenes públicos”. De la obra coordinada por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, N. y los autores ARÉVALO FERNÁNDEZ, L., SAN JOSÉ ESTELA, M., MORA DÍEZ, P., LÓPEZ ORDIALES, J., CAMPOMANES CALEZA, A., ENTRALGO FERNÁNDEZ, J., RODRÍGUEZ RUIZ, R.; *Análisis jurídico de las fake news en los tipos penales*. Editorial Sepin, Madrid, 2020.

COLOMER BLEA, D.: “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Número 18-19, 2017.

DELGADO SANCHO, C. D.: “Doctrina legal sobre la tortura y otros delitos contra la integridad moral”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. Número 48, 2017.

FUENTES OSORIO, J.: “El odio como delito”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Número 19-27, 2017.

GASCÓN CUENCA, A.: “La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. La modificación del artículo 510 CP.”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. Número 32, 2015.

LARRÁYOZ SOLA, I.: “Pautas de la Fiscalía General del Estado para interpretar los delitos de odio del artículo 510 del Código Penal. Circular FGE 7/2019, de 14 de mayo”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Número 09, 2019.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial, 20ª ed.* Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.

RODRÍGUEZ RUIZ, R.: “Delitos contra la salud pública relacionados con el comercio, la estafa y el intrusismo”. De la obra coordinada por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, N. y los autores

ARÉVALO FERNÁNDEZ, L., SAN JOSÉ ESTELA, M., MORA DÍEZ, P., LÓPEZ ORDIALES, J., CAMPOMANES CALEZA, A., ENTRALGO FERNÁNDEZ, J., RODRÍGUEZ RUIZ, R.; *Análisis jurídico de las fake news en los tipos penales*. Editorial Sepin, Madrid, 2020.

SAN JOSÉ ASENSIO, M.: “Delitos de odio”. De la obra coordinada por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, N. y los autores ARÉVALO FERNÁNDEZ, L., SAN JOSÉ ESTELA, M., MORA DÍEZ, P., LÓPEZ ORDIALES, J., CAMPOMANES CALEZA, A., ENTRALGO FERNÁNDEZ, J., RODRÍGUEZ RUIZ, R.; *Análisis jurídico de las fake news en los tipos penales*. Editorial Sepin, Madrid, 2020.

**b) Páginas web.**

Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (tomo LXXIII, 2020) - Varios autores - Google Libros [13/10/2020]

Delito de atentado contra la integridad moral | Iberley [17/10/2020]

Delito de odio. Destierro. Comentarios al Auto del Juzgado de Torreveija  
[21/11/2020]

Desterrado de Torreveija tras jactarse de viajar desde Madrid para contagiar. | Diario El Mercantil Valenciano [21/11/2020]

El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo. Germán M. Teruel Lozano. [11/12/2020]

Es delito difundir bulos sobre el coronavirus a través de Internet | Actualidad y Tendencias | Diario Expansión [11/12/2020]

La Fiscalía denuncia a una tuitera por incitar al odio contra los Menas al distribuir un vídeo falso | Cataluña | Diario El Mundo [20/11/2020]

Las fake news y el Derecho penal. ¿Mentir es delito? - Hay Derecho | Diario Expansión  
[10/10/2020]

No hay "odio" en el hombre que aseguró que iría a Torreveija a expandir el coronavirus | Diario El Confidencial [29/11/2020]

Odiar no es delito: ¿qué es un delito de odio? | Diario La Razón [08/12/2020]

Primera querrela por difundir “fake news” sobre menas | Diario NIUS [23/09/2020]

TO | 'Fake news', palabra del año 2017 según Collins Dictionary | Diario The Objective  
[10/11/2020]

Vídeo: «Venimos cuatro mil de Madrid a contagiarnos el coronavirus»: un hombre siembra el pánico en Torre Vieja | Diario ABC [20/11/2020]

## **7. JURISPRUDENCIA**

### **a) Tribunal Supremo.**

STS, Sala de lo Penal, de 29 de noviembre de 1994, Nº 3441/1994.

STS, Sala de lo Penal, de 19 de marzo de 2003, Nº 357/2004 [número de recurso 813/2003].

STS, Sala de lo Penal, de 31 de enero de 2007, Nº 1770/2007 [número de recurso 752/2006].

STS, Sala de lo Penal, de 17 de julio de 2007, Nº 656/2007 [número de recurso 2402/2006].

STS, Sala de lo Penal, de 03 de marzo de 2009, Nº 233/2009 [número de recurso 1449/2008].

STS, Sala de lo Penal, de 2 de junio de 2010, Nº 597/2010 [número de recurso 2577/2009].

STS, Sala de lo Penal, de 25 de abril de 2011, Nº 299/2011 [número de recurso 2574/2010].

STS, Sala de lo Penal, de 30 de mayo de 2011, Nº 523/2011 [número de recurso 122/2011].

STS, Sala de lo Penal, de 14 de marzo de 2012, Nº 180/2012 [número de recurso 1638/2011].

STS, Sala de lo Penal, de 15 de octubre de 2014, Nº 663/2014 [número de recurso 10996/2013].

STS, Sala de lo Penal, de 10 de febrero de 2015, Nº 418/2015 [número de recurso 10578/2014].

STS, Sala de lo Penal, de 25 de abril de 2018, Nº 202/2018 [número de recurso 1524/2017].

STS, Sala de lo Penal, de 17 de mayo de 2017, Nº 1879/2018 [número de recurso 296/2017].

STS, Sala de lo Penal, de 14 de diciembre de 2018, Nº 646/2018 [número de recurso 2162/2017].

STS, Sala de lo Penal, de 04 de febrero de 2019, Nº 47/2019 [número de recurso 1916/2018].

STS, Sala de lo Penal, de 04 de febrero de 2020, Nº 29/2020 [número de recurso 2469/2018].

**b) Tribunal Constitucional.**

STC 235/2007, de 07 de noviembre de 2007 [cuestión de inconstitucionalidad 5152/2000].

STC 112/2016, de 20 de junio de 2016 [recurso de amparo 2514-2012].

STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020 [recurso de amparo 2476-2017].

**c) Tribunal Superior de Justicia.**

ATSJ de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, Auto N° 72/2018, de 28 de junio de 2018.

**d) Audiencias Provinciales.**

SAP Barcelona, Sección Séptima, de 05 marzo de 2012, N° 4067/2012 [número de recurso 72/2011].

AAP de Girona, Sección Cuarta, de 05 de junio de 2018, Auto N° 310/2018.

AAP de Barcelona, Sección Novena, de 11 de marzo de 2019, Auto N° 142/2019.