



La criminalización de las *fake news* e incitación al odio: su interpretación desde la óptica de «política criminal de la sociedad del clic»

The criminalization of “fake news” and Hate Crimes: its interpretation from the perspective of “criminal policy of the “click society”

Silvia Mendoza Calderón

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla
smencal@upo.es  <https://orcid.org/0000-0003-3429-1152>

Recibido: 02/05/2024 | Aceptado: 28/06/2024

Resumen: En el presente estudio se realiza una delimitación del concepto de *fake news* o noticias falsas, partiendo de una óptica sociológica y de derecho comparado, para posteriormente examinar su frontera con el «discurso del odio», en el sentido de valorar la necesidad de intervención penal en esta materia en nuestra globalizada sociedad actual, desde la perspectiva de las reformas penales realizadas como muestra de una política criminal que podría denominarse «a golpe de clic».

Palabras clave: *fake news*; delitos de odio; sociedad digital; política criminal.

Abstract: The present study carries out a delimitation of the concept of “fake news” or false news, from the sociological and comparative law perspective, to subsequently examine its border with “hate speech”, in the sense of assessing the need of penal intervention in this matter in our current globalized society, from the perspective of the penal reforms carried out as an example of a criminal policy that could be called “at the click of a button.”

Keywords: fake news; hate Crimes; digital Society; criminal Policy.

1. Introducción

Actualmente vivimos en una sociedad altamente digitalizada, habiéndose señalado, que el principal motor de búsqueda en Internet, Google, se caracterizaría por recopilar todo tipo de información, pero que, en ningún caso, verificaría su autenticidad, por lo que no sería difícil que se trasladase a las redes información falsa, o *fake news*, navegando



Cómo citar:

Mendoza Calderón, S., (2024). La criminalización de las fake news e incitación al odio: su interpretación desde la óptica de «política criminal de la sociedad del clic». *Cuadernos del Audiovisual del Consejo Audiovisual de Andalucía*, (12), 101-135. <https://doi.org/10.62269/cavcaa.29>

por el buscador. En este sentido, conforme a lo sostenido en el Informe del Instituto Tecnológico de Massachusetts *“The spread of true and false news online”*, estas noticias tendrían hasta un 70 % más de probabilidades de ser compartidas que las verídicas, propagándose más rápido y llegando a una mayor audiencia. Sin embargo, como se ha indicado acertadamente por De la Mata Barranco, a pesar de que en estos últimos años este fenómeno habría cobrado notable relevancia, respecto a la desinformación, los bulos serían un fenómeno que habría existido siempre, pudiendo ser de carácter inocuo, poco creíbles u ofensivos (o siendo en la mayoría de los casos afirmaciones absurdas de personas ociosas o malintencionadas), pero no podrían trasladarse automáticamente a la comisión de hechos delictivos¹.

En el fondo, lo que trasciende *a priori* en esta cuestión sería la clásica discusión sobre los límites de la libertad de expresión y de información. Por ello, en el año 2017 se habría producido una Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y «Noticias Falsas (*Fake News*), Desinformación y Propaganda, de las Naciones Unidas y de la OEA, en la cual se habría establecido en el apartado 2a) que «las prohibiciones generales de difusión de información basadas en conceptos imprecisos y ambiguos, incluidos «noticias falsas» (*fake news*) o «información no objetiva», serían incompatibles con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión»².

Por otro lado, en nuestro país, respecto a la manipulación informativa o *astroturfing*, el 3 de marzo de 2019, en materia de delitos socioeconómicos, entraba en vigor la reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, que abrió la puerta a introducir este fenómeno como delito ex artículo 284.1.2º CP³, recogiéndose dentro de los delitos relativos al mercado y los consumidores, la conducta de aquellos que mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, o por cualquier otro medio, difundieren noticias o rumores o transmitieren señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de manipular el cálculo de un índice de referencia, cuando obtuvieran un beneficio para sí o para tercero⁴.

Por *astroturfing* se entiende normalmente la maniobra desinformativa que se realiza a través de las redes sociales o medios de comunicación, pudiendo encontrarnos ante

1. De la Mata Barranco. *Almacén De Derecho*, edición de 19 de abril de 2020. *Iberley*, edición de 27 de febrero de 2020. *El Derecho*, *Las Fake News* o falsas noticias; cómo detectarlas y evitarlas, edición de 31 de marzo de 2020. *Economic and Jurist*, *Fake news: acciones penales y civiles sobre la divulgación y difusión de noticias falsas*, edición de 27 de abril de 2020.

2. *Cfr. Enfoque Derecho*, edición de 21 abril, 2020, recogiéndose la información del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú, que anunció que aquellas personas que compartan informaciones falsas para obtener un beneficio o perturbar la tranquilidad pública serían sancionados con una pena privativa de la libertad de 2 a 4 años. Además, precisó que si estas noticias generaban pánico y perturbaban la tranquilidad la pena aumentaría entre 3 a 6 años. En este sentido, la Fiscalía de Barcelona habría presentado por primera vez, una querrela contra una usuaria de la red social Twitter por difundir, en junio del año pasado de forma masiva e indiscriminada, un vídeo falso que atribuía actitudes violentas a un grupo de menores no acompañados («menas». *Cfr. Iberley*, edición de 27 de febrero de 2020. *EUROPA PRESS*, edición de 21 de abril de 2020).

3. *Cfr.* Modificación por la Ley orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional

4. *Cfr. Andersen Tax And Legal*, edición del 26 de junio de 2019.

el *astroturfing* comercial, dirigido a manipular la opinión pública para lograr el apoyo o rechazo masivo a un determinado producto o servicio; el *astroturfing* político, consistente en el empleo de medios de comunicación para difundir rumores y noticias falsas respecto de adversarios políticos; y, finalmente, el *astroturfing* periodístico, dirigido a captar la atención del consumidor de prensa digital mediante el empleo de titulares capciosos y engañosos, a fin de que este acabe accediendo a la noticia⁵.

Sin embargo, el auge creciente del interés por estas manifestaciones, habría sido incentivado por la pandemia generada por la covid-19, indicándose que, debido a estas circunstancias sanitarias, la sociedad estaría más expuesta a la difusión de bulos, rumores y teorías conspiratorias, que no harían más que generar una sensación de inseguridad, miedo y desconfianza en la ciudadanía, y que pondría en riesgo la auténtica colaboración en la lucha contra la pandemia. La Organización Mundial de la Salud hablaría incluso de *infodemia* para referirse a la proliferación de *fake news* o bulos que tratan de engañar, confundir, desprestigiar y desinformar a la opinión pública, habiéndose habilitado una página web en la que se desmentirían todos los mitos que habrían circulado por redes sociales. Plataformas como WhatsApp, habrían limitado el reenvío masivo de mensajes y Facebook habría facilitado herramientas de verificación de hechos o *fact-checking*⁶. Se ha llegado a utilizar, principalmente por la prensa, el término *coronamiedo*⁷.

En este contexto pandémico, igualmente en el Informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI), de 8 de marzo de 2021, se habría puesto de relieve que la covid-19 habría tenido mayores consecuencias sobre la población vulnerable y los discursos de odio, incluidos los realizados a través de Internet, dirigidos a minorías y a los refugiados e inmigrantes culpándoles infundadamente de la propagación del coronavirus, lo que habría aumentado las tendencias xenófobas, racistas e intolerantes en muchos países europeos⁸.

Por ello, en el presente estudio, se pretende realizar una primera aproximación a la problemática ligada a la proliferación de desinformación o noticias falsas y sus posibles repercusiones penales, pero incidiéndose, sobre todo, en materia de discurso del odio.

5. Cfr. Andersen Tax And Legal, edición del 26 de junio de 2019. Cfr. igualmente, Flax. Nuevos desafíos para una democracia deliberativa: fake news y lawfare. Ética y Discurso, Revista científica de la Red Internacional de Ética del Discurso. Año 5, 2020, pp. 1-23, se indica que las *fake news* son una información deliberadamente falsa que tiene el objeto de manipular a aquellos sectores de la población que tienen «voluntad de creer» en todo aquello que, precisamente, confirma sus creencias previas o sus posicionamientos. El efecto de verosimilitud es en general mayor cuando proviene de medios tradicionales, los cuales pueden generar un potente dispositivo de engaño al aparecer un periodista conocido con información que dice obtener de una fuente anónima o se ampara en el secreto de las fuentes. Este periodista actúa como un *influencer* y la información se replica al infinito. Incluso si el periodista desmiente al día siguiente la «noticia», la misma sigue propagándose en un público ávido y crédulo. Por otra parte, también se indica que, en casos más extremos, mediante *fake news* puede formarse parte de operaciones mayores, como las de *lawfare*, descrita como continuación de la guerra (*warfare*) —o de los golpes de Estado— por otros medios, como los medios judiciales. Las causas judiciales se inician a partir de las noticias falsas publicadas con el propósito de dejar fuera de juego a oponentes políticos a través de una campaña de difamación multiplicada por las redes sociales.

6. Cfr. Diario Expansión. Las *fake news* y el Derecho penal. ¿Mentir es delito?. Edición de 11 mayo, 2020. Cfr. LEGALITAS. Bulos en internet: ¿es delito difundirlos?, 31 octubre 2018.

7. Revista Byte. Pandemia viral. Fake news y coronamiedo. Edición de 17 marzo, 2020. IT USER, ¿Cuándo es delito difundir noticias falsas o 'fake news'?, 22 de abril de 2019.

8. Cfr. igualmente [Consulta: febrero 2021]. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/a_union_of_equality_eu_action_plan_against_racism_2020_-2025_es.pdf.

En primer lugar, se procederá a una delimitación del concepto de *fake news* o noticias falsas, partiendo de una óptica sociológica y de derecho comparado, para posteriormente, en segundo lugar, abordar la cuestión en torno a los límites a la libertad de expresión y de información y su frontera con el «discurso del odio».

Asimismo, se reflexionará sobre la necesidad de intervención penal en esta compleja materia, sobre todo, en un entorno esencialmente digital, con sus características ligadas a nuestra globalizada sociedad actual, dentro de un contexto que podríamos denominar «la política criminal de la sociedad del clic».

2. Libertad de expresión y *fake news*: perspectiva internacional y de derecho comparado

2.1. El concepto de «desinformación»

El cambio de paradigma comunicativo a través de Internet y los canales de difusión masiva, ha permitido que se acuñe en este contexto el término *postverdad*, donde la «emoción determina la percepción de la realidad social, con mayor capacidad de influencia que los hechos y las pruebas contrastadas»⁹.

Por otra parte, también deben distinguirse los conceptos de «mis-información» (o *misinformation*, en inglés) así como «des-información» (*disinformation*, en inglés), en el sentido de que el término *fake news* no abarcaría toda esta problemática al ser inadecuado para explicar la escala del fenómeno de «contaminación de la información», y porque diversos actores estatales y no estatales le habrían dado un significado esencialmente político. Asimismo, la UNESCO habría añadido un concepto más en este ámbito, como el de «mal-información» (*mal-information* en inglés) que sería aquella información que se basa en la realidad, usada para causar un daño a una persona, grupo social, organización o Estado. La desinformación sería cualquier información que es falsa y deliberadamente creada para dañar a una persona, grupo social, organización o Estado, y a la mis-información como cualquier información que es falsa, pero no es creada con la intención de causar un daño, siendo información errónea, pero de forma accidental¹⁰.

9. Cfr. Galdámez Morales (2019). Posverdad y crisis de legitimidad. El creciente impacto de las *fake news*. En: *Revista Española de Transparencia*, n.º 8, pp. 25-44. Citando el término «information disorder», en el Informe del Consejo de Europa. Disponible en: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-aninterdisciplinary-framework-for-research/168076277c>. Sobre estos conceptos, cfr. RICHTER. *El Ciudadano Digital. Fake News y posverdad en la era digital*. México: Editorial Océano, 2018, pp. 25 y ss.

10. Cfr. *Reporte sobre las campañas de desinformación, «Noticias falsas (fake news)» y su impacto en el derecho a la libertad de expresión*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2019, pp. 5 y ss. Respecto a la exteriorización de estos contenidos se ha destacado que normalmente sus titulares, imágenes o letras son de un mayor tamaño y los sujetos que publican dichos contenidos son impostores. Es decir, que se circula en redes sociales alguna imagen o artículo de cierto periodista, cuando ellos no redactaron ni formaron dicha fotografía. Es decir, son vídeos o artículos de impostores en donde la información parecería verdadera, por el periodista o fotógrafo a quien se le atribuye la supuesta publicación de la información. En relación a los acontecimientos que han definido la conceptualización de *fake news* se citan el referéndum sobre el Brexit de 23 de junio de 2016, el referéndum por el que se objetaron los acuerdos de paz con las FARC de Colombia el 02 de octubre de 2016 y las elecciones presidenciales de los Estados Unidos de 8 de noviembre de 2016. Sobre dicho concepto, cfr. Leon Alapont (2021). La lucha contra la desinformación y las *fake news* a través del Derecho Penal acerca de la ¿conveniencia? y ¿eficacia? de dicha intervención. *La ley penal*, n.º 152; Navarro Cardoso (2021). Aproximación político-criminal a la desinformación. En: León Alapont (dir.). *El Derecho Penal frente a*

2.2. Iniciativas internacionales y europeas sobre el control de las fake news

En la Declaración conjunta sobre libertad de expresión y «noticias falsas» (*fake news*), desinformación y propaganda del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el relator especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la relatora especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), de 3 de marzo de 2017¹¹ ya se habría expuesto muy claramente la preocupación a nivel internacional por la propagación de la desinformación impulsada tanto por Estados como por actores no estatales, pudiéndose dañar la reputación y afectar la privacidad de personas, o instigar la violencia, la discriminación o la hostilidad hacia grupos identificables de la sociedad.

No obstante, se reconoce que los Estados únicamente podrán establecer restricciones al derecho de libertad de expresión cuando estuvieran estipuladas en la ley, alcancen uno de los intereses legítimos reconocidos por el derecho internacional y resulten necesarias y proporcionadas para proteger ese interés. En cambio, se pueden imponer restricciones a la libertad de expresión, con el fin de prohibir la apología del odio por motivos protegidos que constituya incitación a la violencia, discriminación u hostilidad (conforme al artículo 20(2) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*).

Desde esta perspectiva, los intermediarios no deberían ser legalmente responsables en ningún caso por contenidos de terceros relacionados con esos servicios, a menos que intervinieran específicamente en esos contenidos o se negaran a cumplir una orden dictada en consonancia con garantías de debido proceso por un órgano de supervisión independiente, imparcial y autorizado (como un tribunal) que ordene a remover tal contenido, y tengan suficiente capacidad técnica para hacerlo.

Asimismo, el bloqueo de sitios web completos, direcciones IP, puertos o protocolos de red dispuestos por el Estado sería una medida extrema que solo podría justificarse cuando se estipulase por ley y resultare necesaria para proteger un derecho humano u otro interés público legítimo, lo que incluye que sea proporcionada, y que no haya medidas alternativas menos invasivas que podrían preservar ese interés y que respete garantías mínimas de debido proceso.

El derecho de libertad de expresión se aplicaría «sin consideración de fronteras» y el congestionamiento de señales de una emisora de otra jurisdicción o la cancelación de derechos de retransmisión relativos a programas de esa emisora únicamente será legítimo cuando un tribunal de justicia u otro órgano de supervisión independiente,

las crisis sanitarias, pp. 433-458; Serra Cristóbal (2023). Noticias falsas (*fakes news*) y derecho a recibir información veraz. dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo. *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 116, enero-abril, pp. 13-46.

11. Conforme a Declaraciones Conjuntas del 26 de noviembre de 1999, el 30 de noviembre de 2000, el 20 de noviembre de 2001, el 10 de diciembre de 2002, el 18 de diciembre de 2003, el 6 de diciembre de 2004, el 21 de diciembre de 2005, el 19 de diciembre de 2006, el 12 de diciembre de 2007, el 10 de diciembre de 2008, el 15 de mayo de 2009, el 3 de febrero de 2010, el 1 de junio de 2011, el 25 de junio de 2012, el 4 de mayo de 2013, el 6 de mayo de 2014, el 4 de mayo de 2015 y el 4 de mayo de 2016.

autorizado e imparcial haya determinado que el contenido difundido por la emisora comporta una violación grave y persistente de una restricción legítima de contenidos y otros medios alternativos para resolver el problema, incluido el contacto con las autoridades relevantes del Estado de origen, hubieran resultado claramente ineficaces.

En esta Declaración se recoge especialmente, que las prohibiciones generales de difusión de información basadas en conceptos imprecisos y ambiguos, incluidas «noticias falsas» (*fake news*) o «información no objetiva», serían incompatibles con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión y deberían ser derogadas. Las normas de derecho civil relativas al establecimiento de responsabilidades ulteriores por declaraciones falsas y difamatorias únicamente serían legítimas si se concede a los demandados una oportunidad plena de demostrar la veracidad de esas declaraciones, y estos no realizaran tal demostración, y si además los demandados pudieran hacer valer otras defensas, como la del comentario razonable (*fair comment*).

Del mismo modo, la Corte Europea de Derechos Humanos habría concluido que «la libertad de expresión no sería solo para ‘información’ o ‘ideas’ que se reciben favorablemente o como una cuestión indiferente, sino también para las que ofenden, conmocionan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población»¹².

Por otra parte, en esta materia, en nuestra actual sociedad digital, no puede prescindirse de la trascendencia de las redes sociales, por ello, en la Unión Europea,

12. Weidenslaufer (2019). *La regulación de las fake news en el Derecho comparado*. Asesoría Legal Parlamentaria. Congreso Nacional de Chile. Enero, pp. 1-14. 1. El art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos recoge que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Sobre este aspecto, *cfr.* asunto Toranzo Gómez c. España (26922/14), de 20 de noviembre de 2018, el TEDH estima que la naturaleza y la gravedad de la pena (la multa y una pena de prisión) habrían podido tener un efecto disuasorio sobre su libertad de expresión, desalentando la crítica de la actuación de los agentes de la autoridad pública. Además, exigirle el conocimiento y precisión sobre la definición jurídica de la tortura contenida en el Código Penal sería excesivo. Según el Tribunal, la injerencia en los derechos del imputado no habría sido «necesaria en una sociedad democrática», produciéndose vulneración del artículo 10 CEDH. En el asunto, Jiménez Losantos c. España (53421/10), de 14 de junio de 2016, la jurisdicción penal española había condenado por injurias graves con publicidad consumada en declaraciones efectuadas en el programa radiofónico. En cuanto al fondo, los Tribunales nacionales, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habían considerado que, si bien la libertad de expresión amparaba la divulgación de opiniones que pudieran molestar, inquietar o desagradar, no podía cubrir la emisión de expresiones insultantes e inútiles, calificativos vejatorios que de manera gratuita habrían atentado contra la dignidad del perjudicado. El TEDH reconoce que, en este caso, la injerencia en el derecho a la libertad de expresión está fundada en la Ley (art 208, 209 y 211 del Código Penal) y perseguía fines legítimos (la protección de la reputación de una persona). Sin embargo, en el caso concreto, el TEDH considera que las manifestaciones del demandante constituían esencialmente una crítica política en un asunto de interés general. Si bien las manifestaciones efectuadas por el demandante podrían ser criticables desde el punto de vista de la deontología periodística no se habrían situado fuera del ámbito de la libertad de expresión, que ampara también una cierta exageración o incluso provocación. El Tribunal considera admisible a trámite la demanda y declara, por seis votos contra uno, que se ha producido una vulneración del art 10 del Convenio, que ampara la libertad de expresión. La juez disidente (Lozano Cutanda) emite un voto particular poniendo de relieve la necesidad de proteger el derecho a reputación de toda persona, que integra su derecho a la vida privada, protegido por el art 8 del Convenio.

en el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones¹³ de 2019 se habría insistido en que estas se caracterizarían principalmente por el hecho de que ofrecen a todos sus usuarios la posibilidad de comunicarse *many to many*, ya que cada usuario de cualquier plataforma puede hacer llegar su mensaje, al menos potencialmente, a cada uno de los otros millones de usuarios directamente, lo que tendría consecuencias tanto positivas como negativas.

Del mismo modo, durante la pandemia generada por la covid-19, la Comunicación de 10 de junio de 2020¹⁴ usaba incluso el término «infodemia», (alertada por la Organización Mundial de la Salud), que habría sido alimentada por el uso de redes sociales y los «temores más primarios humanos» incrementados por las medidas de confinamiento social¹⁵. En este contexto, surgirían las «teorías de la conspiración» capaces de poner en peligro la salud humana¹⁶, y la incitación ilegal al odio, sobre todo, de carácter racista y xenófobo, exigiéndose normas sobre la retirada de contenidos ilegales por parte de las plataformas, y reclamándose incluso medidas de carácter penal en este ámbito¹⁷.

En esta línea, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 26 de abril de 2018¹⁸ se anticipaba que a través de las redes sociales, las nuevas tecnologías podrían utilizarse para difundir desinformación a gran escala y con una velocidad y una precisión

13. Dictamen del Comité Europeo de las Regiones sobre «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo», de 16 de mayo de 2019 (2019/C 168/04), COM(2018) 236 final. Se recoge que estudios científicos señalan que es un 70 % más probable que los usuarios de Twitter retransmitan la información falsa que la información real.

14. Comunicación conjunta al Parlamento europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 10 de junio de 2020.

15. Se pone de relieve la importancia de acciones como el Plan de acción contra la desinformación, y la experiencia adquirida desde 2015 por el Grupo de Trabajo East StratCom, creado en el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) para rebatir las campañas de desinformación originarias de Rusia. En marzo de 2019 se creó un Sistema de Alerta Rápida para poner en contacto a los expertos en materia de desinformación de las instituciones de la UE con los de los Estados miembros y facilitar la comunicación entre organismos oficiales de análisis y mejores prácticas sobre aspectos como la comunicación proactiva y la eficacia en la respuesta.

16. Se citan como ejemplo «las creencias conspiratorias y los bulos que afirman que las instalaciones de 5G propagan la covid-19, dando lugar a actos de vandalismo sobre las torres, o las que señalan a un grupo étnico o religioso concreto como origen de la propagación de la covid-19, lo que se refleja en el preocupante aumento de contenido antisemítico relacionado con la covid-19».

17. Se destaca que dentro de sus competencias respectivas, la Comisión y el Alto Representante trabajarán en asociación con la OMS para mejorar su vigilancia epidemiológica mediante un seguimiento eficaz de los medios de comunicación y para fomentar la detección de relatos engañosos y nocivos y la respuesta correspondiente; intensificarán el intercambio de información con los interlocutores pertinentes de la sociedad civil y el sector privado de información acerca de la conciencia situacional y la evolución de las amenazas mediante la organización, entre otras actividades, de consultas, conferencias y actos públicos; intensificarán las asociaciones existentes, como las que nos vinculan al G7 y a la OTAN, y ampliarán la cooperación a las Naciones Unidas y a organizaciones regionales como la OSCE, el Consejo de Europa y la Unión Africana. Como parte del paquete de medidas del «Equipo Europa» se promoverán el acceso a información fidedigna, apoyándose las iniciativas destinadas a abordar el problema de la desinformación, y la información errónea en terceros países a través de las Delegaciones de la UE y las misiones diplomáticas de los Estados miembros sobre el terreno. Las plataformas en línea han notificado la introducción de ajustes en sus políticas para hacer frente a las nuevas amenazas de desinformación acerca de la covid-19, promoviendo la difusión de información sobre la covid-19 procedente de fuentes autorizadas como la OMS, las autoridades sanitarias nacionales y los medios informativos profesionales.

18. COM (2018) 236 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Se señala que, si las medidas tomadas actualmente (como el código de conducta no vinculante para la lucha contra la desinformación que Facebook, Twitter y otras plataformas adoptaron voluntariamente en 2018) resultaran insuficientes, podría ser necesario utilizar instrumentos jurídicos para imponer medidas apropiadas a los responsables de las redes sociales.

de selección de los destinatarios sin precedentes, menoscabándose la libertad de expresión, consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de respeto por la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, así como el derecho de los ciudadanos a opinar y a recibir y transmitir información e ideas «sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

De esta forma, la obligación principal de los agentes estatales sería evitar la interferencia y la censura y garantizar un entorno favorable para un debate público inclusivo y plural. El contenido legal, aunque fuese un contenido presuntamente perjudicial, estaría protegido por la libertad de expresión y no debería tratarse del mismo modo que el contenido ilegal, cuya eliminación podría estar justificada.

Por todos estos motivos, se habría definido a la desinformación como «información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público como amenazas contra los procesos democráticos y de elaboración de políticas, así como contra los bienes públicos (protección de la salud, el medio ambiente o la seguridad de los ciudadanos de la UE)».

La desinformación no incluiría los errores de información, la sátira y la parodia ni las noticias y los comentarios claramente identificados como partidistas. Igualmente, el efecto de la desinformación variaría de una sociedad a otra, en función de los niveles de educación, la cultura democrática, la confianza en las instituciones, la inclusividad de los sistemas electorales y las desigualdades sociales y económicas.

Desde esta perspectiva, existen una serie de factores que coadyuvan a la proliferación de la desinformación, como son, en primer lugar, el *uso de algoritmos* (cuyos criterios para priorizar la visualización de información están motivados por el modelo de negocio de las plataformas y por el hecho de que privilegian un contenido personalizado y sensacionalista, que atraiga la atención y se comparta entre los usuarios, con lo que se aumenta indirectamente la polarización y se refuerzan los efectos de la desinformación); en segundo lugar, el *modelo actual de publicidad digital*, que suele basarse en los clic del usuario (lo que favorece el contenido sensacionalista y viral); y en tercer lugar, el *uso de servicios automatizados* (denominados «bots» u ordenadores zombis), que amplifican artificialmente la difusión de desinformación, y donde este mecanismo tecnológico puede contar con la ayuda de perfiles simulados (cuentas falsas) detrás de los cuales no habría ningún usuario real, a veces, orquestados a una escala masiva (es lo que se conocería como «fábricas de troles»)¹⁹.

Por todo ello, en la Unión Europea se habría incidido en que, en cualquier caso, habría que diferenciar claramente las diversas formas de contenido falso o engañoso, distinguiéndose entre los contenidos ilegales, según se definen en la legislación, y los contenidos dañosos, pero que no fueran ilegales²⁰.

19. Cfr. a este respecto la importancia del Reglamento n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. Se fomenta el uso de la versión 6 del protocolo de Internet (IPv6), que permite la asignación de un único usuario por dirección de protocolo de Internet.

20. Se cita que cuando no existe tal intención, por ejemplo, cuando los ciudadanos comparten información falsa con sus amigos y familiares inconscientemente y de buena fe, el contenido puede considerarse información errónea; por el contrario, conforme a la definición de la Comunicación de la Comisión de abril de 2018, la presencia de esa intención convertiría el

Sin embargo, a pesar de todos estos aspectos, en torno a la implicación y responsabilidad de las redes sociales en la lucha contra el fenómeno de las noticias falsas, algunos especialistas habrían destacado que los intentos de frenar las noticias falsas mediante el filtrado y la retirada de contenidos, en el fondo, únicamente plantearían la cuestión del establecimiento de una especie de censura derivada del interés por difundir la «verdad», al fijarse una realidad oficial que provocara la correlativa restricción de la libertad de expresión²¹.

En este sentido, se habría subrayado que, aunque los responsables de clasificar y etiquetar la información, que los usuarios leen, serían las propias redes sociales (las cuales diseñarían los mecanismos de filtrado y bloqueo de contenidos basados en algoritmos), estos estándares insertados en la tecnología de la empresa no serían transparentes para la mayoría de la población, ni tampoco estáticos, sino que se actualizarían y modificarían frecuentemente. A pesar de ello, el concepto constitucional de censura previo que prevé el artículo 20.2 CE no se aplicaría al filtrado y posterior bloqueo o retirada de contenidos en Internet puesto que estas acciones se producirían una vez la publicación se ha realizado y no proceden de órganos estatales, pero también se habría señalado que sí atentarían contra el derecho de los ciudadanos a acceder a la información en Red y podrían desembocar en un efecto disuasión o *chilling effect*²².

Como consecuencia, dado el aumento del número de decisiones que se toman aplicando un algoritmo, el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos restringiría las decisiones individuales automatizadas, incluyéndose la elaboración de perfiles, que

contenido en desinformación. Confrontar, en cambio, el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos (2018/C 233/06) donde se afirma que la digitalización de la sociedad y la economía tiene efectos variados en la inteligencia de datos (big data), ya que los sistemas de inteligencia artificial han permitido recoger, combinar, analizar y conservar por tiempo indefinido ingentes volúmenes de datos. Estos mercados digitales concentrarían en un reducido número de empresas que actúan de hecho como guardianes de Internet y obtienen mayores valores de capitalización del mercado ajustados a la inflación que ninguna otra empresa en la historia, afirmándose que la concentración del mercado y la creciente dominación de las plataformas presentan una nueva amenaza para el pluralismo en los medios, generando una «crisis de confianza en el ecosistema digital». Se insiste en que los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos son un factor crucial para corregir esta situación, sobre todo en el tratamiento de «datos sensibles relacionados con convicciones o actividades políticas o morales reales o supuestas, o con actividades de votación» y a «la realización invasiva de perfiles de varias personas que actualmente están clasificadas (en ocasiones de forma imprecisa o basándose en un contacto superficial) como simpatizantes, partidarios, adherentes o miembros de un partido», demandándose que se trate a los interesados «como personas, no solo como consumidores o usuarios», señalándose los problemas éticos que se derivan de la elaboración de perfiles predictivos y de la personalización determinada por algoritmos. Se insiste en que el intercambio con las principales plataformas en línea está dando sus frutos, pero habrá que perseverar en el futuro desarrollo de la Ley de servicios digitales, ante formas de escapar a la vigilancia de las plataformas para aprovecharse de los puntos débiles de los consumidores, eludir los controles algorítmicos y abrir nuevos sitios web. Estas prácticas se observarían también en sitios web independientes, que atraen a los consumidores a través de los anuncios que aparecen, por ejemplo, en las redes sociales y en portales web o en el ranking patrocinado de los motores de búsqueda.

21. Pauner Chulvi (2018). Noticias falsas y libertad de expresión e información. el control de los contenidos informativos en la red. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 41, pp. 297-318. Cfr. igualmente, Teruel Lozano (2011). Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 25, pp. 81-103.

22. Pauner Chulvi (2018). Noticias falsas y libertad de expresión e información. el control de los contenidos informativos en la red. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 41, pp. 297-318. Se cita al TJUE que ha rechazado el establecimiento de sistemas genéricos de filtrados por resultar contrarios al reconocimiento de la libertad de expresión (sentencias SABAM que han declarado contraria al artículo 11.1 de la CDFUE la aplicación concreta de un sistema de filtrado realizado en Bélgica mediante orden judicial para salvaguardar derechos de propiedad intelectual. El TJUE ha subrayado la necesidad de armonización de los distintos derechos fundamentales contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales, exigido por el artículo 52, que permite que, por una parte, se adopten medidas de bloqueo sin que las mismas puedan llegar a ser privativas del derecho a acceder a información lícita por parte de los usuarios de Internet.

afecten significativamente a los usuarios (artículo 22 REPD) creándose un «derecho a la explicación» que aseguraría que el ciudadano pudiera reclamar una dilucidación sobre cualquier decisión automatizada que le afecte²³.

3. Perspectiva de derecho comparado

3.1. Estados Unidos de América

Una vez analizadas las consideraciones en materia de derecho internacional y europeo, desde una visión de derecho comparado, expuesta por Weidenslaufer, sintetizaremos algunas cuestiones relativas a la regulación en el ámbito de los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Alemania y Francia.

Si atendemos a la regulación norteamericana, habría que partir de que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protegería la libertad de expresión sin interferencia del Gobierno, incluyendo los derechos a la libertad de palabra, de prensa, de reunión y de petición (que es el derecho que permite a los ciudadanos reclamar ante el gobierno una compensación por agravios), estimándose que el componente más básico de la libertad de expresión sería «el derecho a la libertad de palabra», permitiendo que los individuos se expresen sin intervención ni restricción del Gobierno.

Por ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos habría exigido que el Gobierno brinde una justificación sólida para intervenir, como en aquellos supuestos de prohibiciones de mensajes que alteren la paz o provoquen violencia²⁴.

De este modo, el derecho a la libertad de prensa permitiría que las personas se expresen a través de una publicación u otro medio de difusión, sin darle a los miembros de los medios de comunicación ningún derecho o privilegio especial que no tengan los ciudadanos en general, especificándose, que la Primera Enmienda protegería el derecho a intercambiar libremente ideas y puntos de vista, independientemente de si estos fueran controvertidos o falsos. Por tanto, la censura, así como la restricción previa del Gobierno a la libertad de expresión, generalmente serían acciones inconstitucionales²⁵.

En materia de noticias falsas, los Estados Unidos contarían con diversos recursos legales. En concreto, sería posible iniciar una acción por daño o agravio (*tort*) por difamación u otras ofensas relacionadas con la libertad de expresión (por ejemplo, invasión de la privacidad), por infligir intencionalmente «angustia emocional o por interferencia dañosa». En todo caso, la Sección 230 de la Ley Federal de Decencia en las Comunicaciones de 1996 (Communications Decency Act of 1996, CDA) cuando la información causante del agravio haya sido proporcionada por otro usuario de Internet, no protegería al autor original de una publicación difamatoria, eximiendo de

23. Pauner Chulvi (2018). Noticias falsas y libertad de expresión e información. el control de los contenidos informativos en la red. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 41, pp. 297-318.

24. Weidenslaufer (2019). *La regulación de las fake news en el Derecho comparado*. Asesoría Legal Parlamentaria. Congreso Nacional de Chile. Enero, pp. 1-14.

25. Weidenslaufer (2019). *La regulación de las fake news en el Derecho comparado*, Asesoría Legal Parlamentaria. Congreso Nacional de Chile. Enero, pp. 1-14.

responsabilidad a los proveedores en línea respecto de acciones por difamación y otros delitos basados en agravios relativos a la libertad de expresión²⁶.

Se ha expuesto que los tribunales generalmente también extienden la protección de la CDA a los editores en línea cuyos sitios web son meros «conductos neutrales» de contenido generado por el usuario (como perfiles de usuario, comentarios y publicaciones en foros), y si bien la mayoría de los tribunales sostendrían que la Sección 230 otorgaría inmunidad a los servicios informáticos interactivos, algunos tribunales habrían creado excepciones legales, perdiendo el proveedor dicha exención de responsabilidad en las siguientes circunstancias: si un proveedor edita el contenido y con ello alterase sustancialmente el significado de una declaración, de modo que la nueva declaración fuera difamatoria; si el sitio web crea o desarrolla una actividad ilegal, y si el proveedor incumple una promesa legal de retirar material de la web²⁷.

3.2. Gran Bretaña, Alemania y Francia

Por otra parte, en torno a algunas de las iniciativas tomadas por Estados europeos, en Gran Bretaña el Comité Digital, Cultura, Medios y Deporte (Digital, Culture, Media and Sport Committee) de la Cámara de los Comunes, habría destacado en su Informe sobre Desinformación y *fake news*, varios tipos de información falsa: *contenido fabricado*, es decir, contenido completamente falso; *contenido manipulado*, referido a la distorsión de información o imágenes genuinas (un titular que se hace más sensacionalista, a menudo popularizado por *clickbait*); *contenido impostor*, en cuanto existe suplantación de fuentes genuinas, por ejemplo, mediante el uso de la marca de una agencia de noticias establecida; *contenido engañoso*, en el cual se hace un uso engañoso de la información (presentando un comentario como un hecho); *contexto de conexión falso*, esto es, contenido objetivo que se comparte con información contextual falsa (cuando el título de un artículo no refleja el contenido); y *sátira y parodia*, al presentarse tiendas humorísticas pero falsas como si fueran verdaderas²⁸.

26. Weidenslaufer, *ul. op. cit.*, pp. 1-14. No obstante, la línea divisoria para determinar si una entidad es un proveedor de servicios de Internet o un proveedor de contenido de Internet dependerá tanto de la función de publicador/ editor como del origen de la declaración respectiva (esto es, que haya sido hecha por el proveedor de contenido). En este sentido, se incide en el estudio citado que la CDA aprobó para permitir a los proveedores de servicios de Internet eliminar o monitorear contenidos sin convertirse así en «publicadores» del material elaborado por terceros que usan sus servicios.

27. Weidenslaufer, *ul. op. cit.*, pp. 1-14.

28. Weidenslaufer, *ul. op. cit.*, pp. 1-14. Citando, House of Commons (2017: 7). Galdámez Morales (2019). Posverdad y crisis de legitimidad. El creciente impacto de las fake news. *Revista Española de Transparencia*, n.º 8, pp. 25-44. Cfr. *Reporte sobre las campañas de desinformación, «Noticias falsas (fake news)» y su impacto en el derecho a la libertad de expresión, Comisión Nacional de los Derechos Humanos*. México, 2019, pp. 5 y ss, señalan que se han creado sitios de internet en donde se verifica la información que se encuentra en las distintas redes sociales; a este proceso se le denomina *fast-checking* o chequeo de datos, método que verifica, inclusive en tiempo real, la veracidad de los dichos y de la información publicada, este fue utilizado por la cadena CNN durante los debates presidenciales de 2016 en Estados Unidos. Otros serían los navegadores de búsqueda que ayudan a los usuarios de Internet a identificar las *fake news*; la forma en que funcionan es con base de verificación de fuentes e identificación de imágenes y palabras claves. Los algoritmos cuentan con una función que compara las capturas de pantalla de una publicación de red social que circulan en Internet con la información que tenga la red social, para verificar si se trata de información real o de un simple montaje. Las redes sociales también han realizado su labor para detectar las noticias falsas y ayudarse de sus usuarios para aumentar dicha detección. Las notificaciones o las banderas o *flags*, funcionan de tal forma que cualquier usuario de la red social pueda reportar una publi-

Igualmente, en Alemania el Parlamento habría aprobado en junio de 2017 una ley contra la publicación en redes sociales de discursos de odio, pornografía infantil, artículos relacionados con el terrorismo e información falsa (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG). Esta ley, que habría entrado en vigor en enero de 2018, se aplicaría a los proveedores de servicios de telemedia que cuentan con plataformas con fines de lucro en Internet, para que los usuarios puedan compartir o poner a disposición del público cualquier contenido (redes sociales), siempre que tengan más de dos millones de usuarios registrados.

Esto no se aplicaría a las plataformas de información periodística ni para las plataformas de comunicación individual o que publican contenidos específicos o destinados a usuarios específicos (redes empresariales, plataformas profesionales y técnicas, juegos *online* y sitios web comerciales), estipulándose que cada proveedor de contenidos que hubiera recibido más de cien quejas respecto a contenidos ilícitos en su plataforma (como noticias falsas y discursos de odio), estaría obligado a entregar un informe bianual, respecto de las herramientas utilizadas para contrarrestar esta situación. El informe deberá publicarse en la *Gaceta Federal* y en la página de inicio de la red social un mes después del final de cada semestre. Además de informar, la ley establece también la obligación de indicar el procedimiento para recibir y tramitar tales quejas²⁹.

En lo relativo a las redes sociales, estas deben eliminar los «contenidos claramente ilícitos» e impedir el acceso a ellos, en un plazo de veinticuatro horas, desde la recepción de la queja de un usuario. Si la ilegalidad del contenido no fuera evidente, la red social tiene siete días para investigarlo y eliminarlo, pudiendo extenderse si la empresa contrata a una agencia externa para realizar el proceso de investigación (una Agencia de Autorregulación autorizada)³⁰.

Para garantizar una interpretación estricta de la noción de «contenido ilícito», el artículo 1 (3) enumera varios delitos según el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch o StGB) que equivalen a la definición de contenido ilegal en el sentido de esta legislación. Por ejemplo, como discursos de odio, la ley incluye delitos como la incitación pública de delitos (art. 111 StGB), amenazas de cometer delitos (art. 126 StGB), incitación al odio (art. 130 StGB) y difamación de las religiones (art. 166 StGB) o de las personas (art. 186 StGB). Las ofensas que se asemejan a la difusión de noticias falsas son la difamación intencional (art. 187 StGB), la falsificación (art. 100a StGB) y la falsificación de datos (art. 269 StGB)³¹.

Se ha recalado, que redes sociales como Facebook y Twitter podrían ser castigadas con sanciones administrativas que irían desde 500.000 hasta 50 millones de euros si

cación que considere falsa, como el mecanismo para reportar un *spam*. «Cuando un número significativo de usuarios han reportado como falsa una publicación, una parte independiente, de quien se exige haber suscrito el Código de Principios de la International Fact-Checking Network, se encarga de decidir si el contenido de la publicación está o no en disputa. Si el contenido está en disputa, se hace visible una bandera (*flag*) que advierte a los internautas que la publicación se encuentra disputada por un tercero imparcial cuyo trabajo es la verificación de datos» (*Disputed by 3rd Party Fact-Checkers*).

29. Weidenslaufer (2019). *La regulación de las fake news en el Derecho comparado*. Asesoría Legal Parlamentaria. Congreso Nacional de Chile. Enero, pp. 1-14.

30. Weidenslaufer, *ul. op. cit.*, pp. 1-14.

31. Weidenslaufer, *ul. op. cit.*, pp. 1-14.

no cumplen con la obligación de eliminar el contenido ilegal. Los directores también podrían ser multados individualmente hasta con cinco millones de euros³².

En Francia, el artículo 27 de la Ley de libertad de prensa de 29 de julio de 1881 (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse) sanciona la publicación, difusión o reproducción de noticias falsas cuando sea probable que estas perturben la «paz pública», con una multa de 45.000 euros. El Código Penal (Code pénal), por su parte, en su artículo 226-1, sanciona con pena de un año de prisión y una multa de 45.000 euros a quien voluntariamente viole la privacidad de otro por cualquier medio. Castiga también con un año de prisión y con multa de 15.000 euros la publicación, por cualquier medio que sea, de las palabras o la imagen de otro sin su consentimiento. Asimismo, el delito de difamación definido por el artículo 29 de la Ley sobre la libertad de prensa sancionaría «cualquier alegato o imputación de un hecho que socave el honor o a la consideración de la persona u organismo a quien se imputa el acto». Si la falsificación se refiere a un aspecto de la vida privada, la víctima puede recurrir a la justicia, sobre la base de las disposiciones del artículo 9 del Código Civil, según el cual «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada que incluye la protección contra cualquier infracción del derecho al nombre, imagen, voz, intimidad, honor y reputación, olvido, y a su propia biografía»³³.

Por último, desde la promulgación de la Ley de Fideicomiso de la Economía Digital (Loi pour la confiance dans l'économie numérique, LCEN) de 2004, las plataformas, como «anfitriones», tendrían la obligación de mantener y almacenar datos para identificar a las personas que utilizan sus servicios. La ley introduce un procedimiento que permitiría a la autoridad judicial detener un «daño causado al público en línea por el contenido de un servicio de comunicación» al bloquear el acceso al contenido en línea o al suprimirlo³⁴.

La normativa contenida en las leyes —Loi organique n° 2018-1201 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information y Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information— pretenderían combatir la manipulación de la información en la era digital y frenar la difusión de noticias falsas durante los períodos de campaña creándose una nueva vía judicial civil

32. Weidenslaufer, *ul.op.cit.*, pp. 1-14. Cfr. respecto a nuevas sanciones empresariales, cfr. *El País*, edición digital de 3 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2020-11-02/bruselas-castigara-con-multas-a-las-plataformas-digitales-que-toleren-contenidos-ilegales.htm>, donde se recoge que la Comisión Europea ultima un proyecto legislativo que establecerá una vigilancia supranacional de las grandes plataformas digitales y castigará la presencia de contenido ilegal en sus páginas aunque el origen del material sea una tercera persona u otra empresa independiente ante la presencia en sus redes de llamadas al odio, ofertas de productos falsificados, o campañas de flagrante desinformación destinadas a desacreditar o desestabilizar los poderes públicos. El plan incluye una norma de servicios digitales, Digital Services Act o DSA, que obligará a las grandes plataformas digitales a responder de manera inmediata a las quejas o denuncias sobre los contenidos que albergan y retirarlos tan pronto como sean requeridas por las autoridades. El proyecto prevé la creación de un órgano de supervisión supranacional compuesto por la autoridad del país donde se radique la multinacional, pero con presencia también de las autoridades de los países de destino de sus servicios. Y de manera significativa, participará la Comisión Europea, para velar por una dimensión comunitaria en el control de unas empresas que operan de manera simultánea en todo el mercado interior.

33. Weidenslaufer. *La regulación de las fake news en el Derecho comparado*. Asesoría Legal Parlamentaria. Congreso Nacional de Chile. Enero 2019, pp. 1-14.

34. Weidenslaufer (2019). *La regulación de las fake news en el Derecho comparado*. Asesoría Legal Parlamentaria. Congreso Nacional de Chile. Enero, pp. 1-14.

de emergencia (*référé* civil) para detener la difusión de información falsa durante los tres meses anteriores a una elección nacional³⁵.

Por último, la ley reserva al Consejo Superior de Medios Audiovisuales (Conseil supérieur de l'audiovisuel, CSA) nuevas funciones, pudiendo unilateralmente suspender los servicios de radiodifusión que operen en Francia, controlados por un Estado extranjero o bajo la influencia del mismo, que afecten los intereses fundamentales de la nación³⁶.

4. Repercusión en el derecho penal español de las *fake news* y discurso del odio

A pesar de todo lo examinado respecto a las repercusiones internacionales en torno a la delimitación adecuada de la necesidad de intervención en la proliferación de noticias falsas y la trascendencia de la importancia del legítimo derecho a la libertad de expresión, opinión o información; en materia penal, en nuestro país únicamente en principio, cabe destacarse la existencia de una Nota de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, de 17 de abril de 2020, donde se habría recogido la importancia de hechos relacionados con la publicación o divulgación de noticias falsas en derecho penal español, motivada por el contexto de la pandemia de la covid-19³⁷.

35. Weidenslauffer, *ul. op. cit.*, pp. 1-14. Se recoge que en estos casos, una vez recibida la solicitud, el juez que resuelve la materia provisionalmente debe evaluar, dentro de las 48 horas, si esta información se está difundiendo «de forma artificial o automatizada» y «masivamente». En la Decisión del 20 de diciembre de 2018, el Consejo Constitucional especificó que el juez podría detener la difusión de una información siempre que tanto la inexactitud o la naturaleza engañosa de la información y el riesgo de afectar la veracidad de la información fueran manifiestas. Las plataformas digitales (Facebook, Twitter, etc.) están sujetas a obligaciones de transparencia cuando distribuyan contenidos a cambio de una tarifa (contenidos auspiciados o anuncios de campaña). Aquellas que excedan un cierto volumen de conexiones diarias deberán tener un representante legal en Francia y hacer públicos sus algoritmos. *Cfr.* igualmente, *Economics and Jurist*, en su edición de 27 de abril de 2020, habla del término «Infoxicación», al existir un incremento exponencial respecto de la difusión de informaciones imprecisas, engañosas o directamente falsas respecto de temáticas, la mayoría de las cuales son de absoluta actualidad. Se señala la importancia a nivel sectorial, de la Red Internacional de Fact-Checking (IFCN), una asociación perteneciente a la escuela de periodismo, y ONG Poynter Institute, que se dedica a aglutinar las entidades verificadoras de todos los lugares del planeta. No obstante, se añade que respecto de la tecnología propiamente dicha no es posible confiar ciegamente en la automatización de la totalidad del proceso de verificación, recibiendo especial atención en el combate contra la desinformación merece el «filtro Kalman, comúnmente utilizado en los vehículos autónomos, donde partiendo de la idea de que los sensores de un vehículo no dan exactamente la verdad sino algo que se acerca a la misma, un algoritmo, junto con esta información no completamente cierta, tiene en cuenta los datos del pasado (o de la experiencia), y trata de buscar la realidad y la veracidad, a través de la asignación de unos pesos —o importancias— a distintos factores, como la reputación de la fuente o la fiabilidad del medio».

36. Weidenslauffer (2019). *La regulación de las fake news en el Derecho comparado*. Asesoría Legal Parlamentaria. Congreso Nacional de Chile. Enero, pp. 1-14. Por otra parte, *cfr.* www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf, en relación a que, en situaciones de emergencia, los Estados pueden limitar la libertad de expresión y de información, cuando la situación equivalga a una emergencia pública que amenace la vida de la nación, y se haya proclamado oficialmente el Estado de emergencia y notificado a otros países a través del Secretario General de las Naciones Unidas.

37. En ella se especifica que, cuando estas noticias falsas se relacionen con la posible causación de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, cuando la desinformación fuera acompañada de revelación de datos personales —estos últimos auténticos—, podría darse la concurrencia de los arts. 197.3 CP y subtipos agravados de los apartados 5 y 6 CP. Considerándose igualmente que las *fake news* podrían integrar los tipos penales del delito de injurias del art. 209 CP (con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses) y el delito de calumnias del art. 206 CP (seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a doce meses). Asimismo, se especificaba que en casos de muy extrema gravedad y siendo la víctima una persona individual, las

En este sentido, a pesar de la existencia de esta nota de prensa³⁸ (cuya finalidad era simplemente la de informar sobre las posibilidades que podría ofrecer el Código Penal, sin entrar en ningún tipo de detalle técnico de relevancia sobre esta cuestión), la doctrina habría defendido que lo que subyacería en torno a la penalización de las *fake news* sería la denominada «criminalización de la palabra», bajo el convencimiento de que esta problemática debería quedar situada esencialmente en torno al plano de la tipicidad respecto a las «interrelaciones de los bienes jurídicos atacados por la mentira frente a la libertad de expresión y los principios constitucionales superiores relativos a la libertad, igualdad y pluralismo, presentes en el art. 1.1 CE»³⁹.

Por ello, desde nuestra perspectiva, al iniciar este análisis jurídico, entendemos que debe delimitarse cada supuesto en concreto a la hora de valorar la relevancia penal de las noticias falsas vertidas en Internet⁴⁰, sobre todo, para evitar caer en el recurso fácil al populismo punitivo donde se reclaman nuevas vías de penalización sin ulterior reflexión, analizándose en los siguientes apartados sus interconexiones con delitos contra el honor, así como formas ligadas al denominado «discurso del odio» que constituye el objeto central de este estudio.

falsas noticias podrían llegar a integrar el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP (prisión de seis meses a dos años. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo los elementos que conforman el concepto de atentado a la integridad moral serían los siguientes: un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo; la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico; que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima. Y todo ello unido a modo de hilo conductor de la nota de gravedad, que exigiría un estudio individualizando caso a caso, pudiendo derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo; sin que se requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica. De igual modo se añade, que, aunque la conducta no tenga la entidad lesiva suficiente para constituir un delito contra la integridad moral, otra serie de «daños morales» podrían ser resarcidos a través de la responsabilidad civil.

El delito contra la integridad moral del artículo 173 permitiría el castigo, tanto de aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave a la integridad moral. Son conductas, estas últimas, de trato degradante, entendiéndose por «trato degradante» aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral, o, en síntesis, cualquier atentado a la dignidad de la persona, que en su individual consideración pueden no ser calificables de graves, pero que al ser reiteradas terminan menoscabando gravemente por erosión dicha integridad moral.

38. En materia de desórdenes públicos, en el caso de *fake news* que contengan mensajes de alarma, atentados terroristas o catástrofes, las cuales implican situaciones de peligro para la sociedad o hacen necesario el auxilio y la activación de los servicios de emergencia, la afirmación falsa o la simulación podría ser constitutiva del delito de desórdenes públicos de los arts. 561 y/o 562 CP (prisión de tres meses y un día a un año o multa de tres a dieciocho meses).

Por otra parte, se reconoce que, durante la pandemia, la Unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado habría denunciado en ocasiones las noticias sobre métodos curativos sin contrastar médicamente o claramente ineficaces por si pudieran integrar alguno de los delitos contra la salud pública previstos en los arts. 359 y ss. o estafas del art. 248 y ss. CP.

39. De Las Heras. Las fake news ante el Derecho penal español. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 12 bis, mayo 2020, pp. 70-77. Recuerda en este sentido el derogado delito de tendencia del art. 165 bis b) del CP 1973, que castigaba, junto a otros conceptos de índole política, la publicación de noticias falsas o informaciones peligrosas para la moral y las buenas costumbres y contrarias, entre otras, a la seguridad del Estado, el mantenimiento del orden público o la integridad de los Principios del Movimiento Nacional o de las Leyes Fundamentales, citando en este sentido la STS 18 marzo 1976.

40. Sobre la atipicidad de la gran mayoría de estas conductas, *cf.* De La Mata Barranco. *Almacén de Derecho*. [Consulta: junio 2020]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/bulos-derecho-penal-y-estado-de-alarma>

4.1. Las fake news y los delitos contra el honor

La doctrina penal habría destacado que el honor no sería una realidad material, aprehensible o apreciable directamente por los sentidos, sino un concepto jurídico que ha sido interpretado desde muy diferentes enfoques. Tradicionalmente se han confrontado, por una parte, la perspectiva fáctica desde la cual el honor se equipararía a la autoestima (es decir, lo que cree el sujeto que los demás piensan de él mismo); por otro lado, normativamente se definiría como lo que los demás piensan de uno, esto es, la fama del sujeto. Según el Tribunal Constitucional este sería un «concepto indeterminado que depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento», amparando «la buena reputación, la buena fama de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas»⁴¹.

Por ello, el Tribunal Constitucional habría sostenido que la libertad de expresión prevalecería sobre el derecho al honor siempre que se limite a la manifestación de opiniones o juicios de valor que no sean injuriosos o vejatorios. A su vez, la libertad de información prevalecería sobre el derecho al honor siempre que la información difundida fuera veraz y de interés público, sustituyéndose el concepto de «hecho» por

41. Fernández Bautista. *La tutela de las libertades de expresión e información versus honor ¿jurisprudencias convergentes? Consecuencias en el ámbito Jurídico-Penal*. BIB 2013/9702, en El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo. BIB 2013/1340, Julio de 2013. Se señala que los menores e incapaces son titulares del derecho al honor, pero el consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos si su madurez lo permite y, en caso contrario, deberá ser otorgado por escrito a través su representante legal, comunicándolo previamente al Ministerio Fiscal. El consentimiento prestado no evitará la vulneración del derecho al honor cuando se utilice la imagen del menor o su nombre en los medios de comunicación en menoscabo de su honra o reputación o de forma contraria a sus intereses. En relación a la posibilidad de entender a las personas jurídico-privadas como posibles sujetos pasivos de los delitos contra el honor la cuestión no ha sido doctrinalmente pacífica. En el ámbito de las injurias, se expone que cabría diferenciar dos supuestos. Por un lado, el relativo al honor de las personas jurídico-públicas y, por otro, el de las personas jurídico-privadas. Con respecto al primero, se indica que la doctrina mayoritaria niega esta posibilidad, utilizando argumentos tales como el carácter personalista de honor mantenido por el Tribunal Constitucional o el hecho de que dichas personas jurídicas son más bien órganos o parte de órganos pertenecientes a una persona jurídica como es el Estado. En relación al honor de las personas jurídico-privadas existiría una opinión favorable a la protección jurídico-penal, si bien, hay discrepancias sobre quién es el realmente el injuriado (si lo es la persona jurídica como tal, los representantes legales de la misma, sus órganos directivos o en general todos sus miembros). En el supuesto de los personajes públicos, el Tribunal Constitucional sostiene que los personajes públicos están expuestos a un control más riguroso de sus actitudes y manifestaciones que los particulares, que carecen de proyección pública. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a los políticos y los personajes con relevancia pública. Los primeros, deben permitir intromisiones en su honor siempre que los hechos sean veraces y que los juicios de valor emitidos tengan base fáctica suficiente incluso cuando sean exagerados o provocativos; llegándose, incluso, a permitir el uso de términos claramente insultantes o expresiones especialmente agresivas o críticas cuando la emisión del juicio de valor se produce como consecuencia de declaraciones provocativas por parte del político afectado. En el caso de los personajes con relevancia pública se reconoce que estos deben permitir ciertas limitaciones en el ejercicio de su derecho, pero el margen para la exageración y provocación tolerado disminuye sensiblemente, se exige mayor diligencia en la base fáctica de la emisión de juicios o imputación de hechos y las limitaciones al ejercicio de este derecho fundamental han de estar vinculadas a las razones por las cuales han adquirido dicha proyección pública. Cfr. De Pablo Serrano. *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el Derecho histórico y en el Derecho vigente español*. DOCUMENTO TOL6.494.752 [consulta: julio 2020], señala que la pena de infamia implicaba una pérdida del buen nombre y reputación que un hombre tiene entre los demás hombres con quienes vive: es una especie de excomunión civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideración, y rompe todos los vínculos civiles, que le unían a sus conciudadanos, dejándole como aislado en medio de la misma sociedad.

el de «base fáctica» a partir de la cual se realizarán los juicios de valor. La base fáctica podría ser sometida a la «prueba de veracidad», mientras los juicios de valor únicamente a la prueba de la «buena fe»⁴².

El carácter de noticiable de una información dependerá de que esa información tenga interés o relevancia pública, excluyéndose, por tanto, aquella información dirigida únicamente a satisfacer el espíritu morboso de algunos lectores. El requisito de veracidad sería absolutamente esencial, constituyendo un límite interno a dicha libertad, dependiendo esta no de la total exactitud en el contenido de la información. Se aceptan como adecuadas al legítimo ejercicio, las informaciones erróneas que serían inevitables en un debate libre, sustituyéndose el criterio de la exactitud por el de diligencia valorada desde un juicio objetivo *ex ante*, resultando irrelevante que *ex post* se demuestre que la información transmitida no se ajusta objetivamente a la realidad. En el examen de la diligencia se tendrá en cuenta las posibilidades efectivas de contrastar la información y la fiabilidad de las fuentes de información utilizadas⁴³.

Asimismo, según esta jurisprudencia constitucional, la libertad de información prevalecería sobre el derecho al honor cuando la información difundida pudiera también considerarse un reportaje neutral, es decir, aquel relato en el que el medio de comunicación se limitaría a reproducir una información ya conocida, actuando como mero transmisor de lo acaecido (el objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas; y el medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, sin reelaborarla o provocarla)⁴⁴. En torno a los denominados «personajes públicos», estos deberán tolerar, en consecuencia,

42. Fernández Bautista (2013). *La tutela de las libertades de expresión e información versus honor ¿jurisprudencias convergentes? Consecuencias en el ámbito Jurídico-Penal*. BIB 2013/9702, en El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo. BIB 2013/1340, Julio de 2013. *Cfr.* asimismo, García Arán (2018). Libertad de información y procesos penales en curso. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 24 (ejemplar dedicado a: Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal), pp. 14-33. En torno a este punto, *cfr.* igualmente, Carmona Salgado (2012). *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Valencia, pp. 59 y ss. *Cfr.* asimismo, Carbonell Mateu (1995). Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVIII (1995). Cursos e Congresos n.º 87. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, pp. 8-44.

43. Fernández Bautista (2013). *La tutela de las libertades de expresión e información versus honor ¿jurisprudencias convergentes? Consecuencias en el ámbito Jurídico-Penal*. BIB 2013/9702, en El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo. BIB 2013/1340, Julio de 2013.

44. Fernández Bautista, *ul. op. cit.* *Cfr.* asimismo, Fuentes Osorio. Elementos subjetivos en los delitos contra el honor. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), pp. 271-310, mantiene que la necesaria ponderación entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, reconoce puede haber lesiones del honor autorizadas por la existencia de un interés preferente, no requiere esa distinción subjetiva sino que exige una delimitación objetiva de los derechos concurrentes en sede de antijuricidad (conflicto de derechos). Es en ese ámbito en el que hay realizar los tres test que determinan, según el TC, la posición preferente de la libertad de expresión e información frente al honor: relevancia, proporcionalidad y veracidad. Para ello hay que recurrir a una serie de criterios: al subjetivo o al personaje (servidor público, personaje o figura pública). Al objetivo o material: interés general de la información. Al medio de difusión del discurso: emitido por un medio de comunicación de masas o que esté orientado a crear o mantener un debate público. La libertad de expresión tiene por objeto la manifestación de pensamientos, ideas u opiniones (donde se incluyen las creencias y juicios de valor). No está sometida a la exigencia de veracidad, su límite fundamental es el respeto del principio de necesidad o proporcionalidad de lo expresado. El análisis de proporcionalidad dependerá de la naturaleza de la expresión, de las circunstancias del caso concreto, y siempre teniendo en cuenta el interés público.

las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando estas puedan ser especialmente molestas o hirientes⁴⁵.

Finalmente, en torno a la conformación de una opinión pública libre, se establece que dicho criterio no tendría un contenido distinto al «carácter noticiable» que se exige jurisprudencialmente en el ámbito de la valoración del legítimo ejercicio de la libertad de información, por eso se tendrá en cuenta tanto la relevancia pública de la información o expresión vertida como las personas implicadas en las mismas. Cuanto más trascendencia tenga el asunto y mayor notoriedad pública el personaje, mayores serán también las limitaciones en el derecho al honor⁴⁶.

En torno a la tipificación penal de los delitos de calumnias e injurias se ha destacado que los tipos de calumnia e injurias omitieron referirse a cualquier elemento subjetivo especial o dolo específico, pero no habría inconveniente en incluir el ánimo de difamar o injuriar en el propio dolo genérico, como parte integrante de su aspecto volitivo por afectar a elementos de los respectivos tipos objetivos de calumnias e injurias, que, de esta forma, se traduciría en la expresión de la voluntad del sujeto de asumir el riesgo que supone atentar contra el honor de una persona cuando se le imputan ciertos hechos o se le dirigen determinadas opiniones o juicios de valor⁴⁷. De ahí, que jurisprudencialmente se distinga entre injurias imprecativas, emitidas en un momento de ofuscación, en las que el ánimo de injuriar aparece atenuado o anulado, e ilativas, a las que se atribuye una importante carga difamatoria con base en la premeditación y frío cálculo que conllevan⁴⁸.

En relación a la profesión periodística, se ha indicado que dicha infracción existirá cuando el periodista conozca la falsedad de la imputación o actúe con temerario o absoluto desprecio hacia la realidad transgrediendo el «riesgo permitido» al no haber realizado comprobación alguna sobre su veracidad. Respecto al denominado periodismo de investigación y la utilización, por ejemplo, de cámaras ocultas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2009 habría sostenido que, aunque la información sea veraz y de interés general, no puede obtenerse a través de cualquier medio, como tampoco a «cualquier precio», y su consecución ha de ser estrictamente legítima, quedando excluida de este concepto por su evidente ilegalidad la utilización de mecanismos que

45. Fernández Bautista (2013). *La tutela de las libertades de expresión e información versus honor ¿jurisprudencias convergentes? Consecuencias en el ámbito Jurídico-Penal*. BIB 2013/9702, en El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo. BIB 2013/1340, Julio de 2013.

46. Fernández Bautista, ul. op. cit. Cfr. Fuentes Osorio (2009). Elementos subjetivos en los delitos contra el honor. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, pp. 271-310, afirma que los problemas probatorios determinan la aparición de criterios formales o presunciones (que parten de los elementos objetivos de la injuria o calumnia: circunstancias, modo y ocasión), lo que implica establecer una responsabilidad cuasi-objetiva e invertir la carga de la prueba (vulneración del principio de presunción de inocencia). Se considera implícito en ciertas declaraciones que no pueden tener otro sentido que el injurioso. Se deduce del sentido gramatical de la expresión y de las circunstancias contextuales concurrentes, anteriores y coetáneas a la manifestación (las relaciones entre sujeto activo y pasivo; el grado de reflexión, etc.). Se dice que tal ánimo aparece atenuado o anulado cuando las frases proferidas responden a un estado anímico de ofuscación o arrebató pasional.

47. Carmona Salgado (2012). *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Valencia, pp. 68 y ss. Cfr. igualmente, ampliamente, Fuentes Osorio (2009). Elementos subjetivos en los delitos contra el honor. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, pp. 271-310.

48. Carmona Salgado (2009). *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Valencia, pp. 68 y ss.

consistan en la colocación de dispositivos o aparatos de escucha y filmación, siempre y cuando no conste el asentimiento para ello del titular de esos derechos fundamentales⁴⁹.

En lo que respecta a la aplicación del tipo cualificado por publicidad, la diferencia punitiva radicaría en la mayor entidad inherente al hecho de proferirla a través de la imprenta, radiodifusión u otro medio de eficacia semejante, como es Internet. Sin olvidar la responsabilidad penal en cascada que prevé el art. 30 CP para los casos en los que tanto la calumnia como la injuria se hayan cometido utilizando medios o soportes de difusión mecánicos⁵⁰.

En torno a las injurias se ha recalado que el art. 208 CP alude a la dignidad de la persona, desglosándose el contenido del mismo en dos de sus manifestaciones concretas: de una parte, la fama, que se corresponde con su concepto público y objetivo; de otra, la autoestima, que se identifica con su acepción personal y subjetiva. La lesión no puede solo recaer en que su titular se sienta subjetivamente afectado, pues, entonces no se tutelaría un bien jurídico de naturaleza penal sino un mero sentimiento personal⁵¹.

En torno al concepto de ofensas que «se tengan públicamente por graves», se ha destacado que la delimitación de ese elemento cuantitativo depende del criterio del intérprete en atención al concepto público vigente, el cual se correspondería con «las reglas del sentir social, según tiempo, ética y moral del momento, junto al ámbito de la relación personal existente entre las partes»⁵².

4.2. Fake news y discurso del odio. Especial consideración a las conductas de «ciberodio»

En la anterior regulación penal, en el art. 510.1 CP, se sancionaba a «los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses».

Como ha sintetizado Alastuey Dobón, la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo habría conllevado una profunda modificación los preceptos del Código Penal destinados a sancionar conductas que se vincularían con los fenómenos del «discurso del odio» y del «negacionismo». El extenso art. 510 CP regularía el ámbito típico de los delitos de

49. Carmona Salgado (2012). *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Valencia, pp. 104 y ss. Mantiene que los casos de inveracidad subjetiva, relativos a informaciones no contrastadas personalmente por su autor, pero que resulten ser objetivamente verdaderas, cabría calificarlos como típicos en la modalidad ejecutiva de tentativa inidónea. Distinto sería el papel a desarrollar por esta figura si la falsedad objetiva hubiera sido legalmente considerada elemento del tipo, pues en esa coyuntura la prueba en el proceso penal de la verdad de lo imputado equivaldría a la carencia de su falsedad y, por lo tanto, a la declaración de atipicidad de la conducta. En relación a la apreciación antes realizada sobre la posible comisión del tipo del art. 205 CP en grado de tentativa inidónea, la aplicación de la *exceptio veritatis*, concebida esta como causa de exclusión de la pena, conllevaría la impunidad de la misma.

50. Carmona Salgado, *ul. op. cit.*, pp. 133 y ss.

51. Carmona Salgado, *ul. op. cit.*, pp. 133 y 153 y ss.

52. Carmona Salgado (2012). *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Valencia, pp. 170 y ss.

provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, y de justificación del genocidio e introduciría nuevos tipos penales⁵³.

En el art. 510 se castiga con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses en primer lugar, al fomento, promoción o incitación directa o indirecta públicos al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o individuos pertenecientes a él por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad (letra a) del art. 510.1); en segundo lugar, a la producción, elaboración, posesión con la finalidad de distribución, facilitación del acceso a terceras personas, distribución, difusión o venta de materiales que por su contenido sean aptos para realizar las conductas descritas en la letra a) (letra b) del art. 510.1). En tercer y último lugar, se sancionaría la negación, trivialización grave o enaltecimiento públicos de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltecimiento de sus autores, cuando esos delitos se hubieran cometido contra un grupo o individuos pertenecientes a él por los motivos ya mencionados, cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos (letra c) del art. 510.1)⁵⁴.

En el apartado segundo del mismo precepto, se describen dos grupos de conductas castigadas con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses. Primero, se sanciona lesionar la dignidad de las personas mediante actos que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos ya mencionados o de individuos pertenecientes a ellos por los mismos motivos enumerados en el apartado primero del precepto. Se incluye igualmente la producción, elaboración, posesión o difusión de materiales idóneos para causar una lesión a la dignidad de las personas a través de ese tipo de conductas (letra a) del art. 510.2). La misma pena corresponde, asimismo, a los actos de enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública de los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo o miembros del grupo por los motivos aludidos, así como el enaltecimiento de quienes hubieran participado en la ejecución de esos delitos (letra b) del art. 510.2). Estos hechos se castigan con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses cuando promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos⁵⁵.

El apartado tercero del art. 510 contiene un tipo agravado de aplicación a todos los anteriores, en virtud del cual las penas deben imponerse en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social que los hagan accesibles a un elevado número de personas. Por otro lado, se dispone en el siguiente apartado que, si los hechos resultan idóneos para alterar la

53. Alastuey Dobón (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *RECPC* 18-14, pp. 1 y ss. *Cfr.* Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

54. Alastuey Dobón, *ul. op. cit.*, pp. 1 y ss.

55. Alastuey Dobón, *ul. op. cit.*, pp. 1 y ss. *Cfr.* ampliamente sobre el concepto, Mendoza Calderón (2019). Discurso del odio e inmigración. La criminalización de la intolerancia en Derecho penal español. En Galán Muñoz, Mendoza Calderón (dir.). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia, pp. 265-308.

paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo elevarse hasta la superior en grado⁵⁶.

A pesar de la reforma, este precepto había recibido constantes críticas doctrinales, y se habría abogado por la necesidad de trazar una línea de interpretación restrictiva del mismo⁵⁷.

En primer lugar se habría defendido que la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión no implicaría directamente la tipicidad de las conductas, interviniendo el derecho penal cuando la difusión (atendiendo a la forma y el ámbito en que se llevara a cabo y a lo que se difundiera), implicara un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pudiera concretarse en actos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes. De esta forma, para que el bien jurídico se viera afectado como consecuencia de la difusión de esta serie de ideas, se considera preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hiciera más intensamente, sino que además pudieran por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover su sentimiento, primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes⁵⁸.

En segundo lugar, en torno a las modificaciones introducidas en el actual art. 510 CP, la doctrina habría insistido en que, para justificar la reforma, el Preámbulo de la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, habría alegado la necesidad de adaptar la legislación española a lo dispuesto por la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra formas y manifestaciones del racismo y xenofobia mediante el derecho penal, cuando desde hacía tiempo se recogía en textos internacionales una tendencia político-criminal de carácter expansivo, y además, dicha Decisión Marco facultaba a una regulación penal como la vigente, pero no obligaba a una trasposición de su contenido en los términos efectuados⁵⁹.

En relación al bien jurídico en el delito previsto en el art. 510 CP, se habría sostenido que este debería ponerse en relación con el conjunto de condiciones que determinarían el sentimiento efectivo de seguridad de un colectivo especialmente vulnerable⁶⁰.

56. Alastuey Dobón (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *RECPC* 18-14, pp. 1 y ss., señala que, como pena acumulada a las anteriores, el apartado quinto prevé la imposición de una inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia. Finalmente, el apartado sexto del precepto impone, a modo de consecuencia accesoria, la destrucción, borrado o inutilización de los libros, documentos y otros soportes utilizados para la comisión de los delitos anteriores, así como la retirada de los contenidos si el delito se cometió a través de las tecnologías de la información. Si se trata de portales de acceso a Internet dedicados exclusivamente o preponderantemente a la difusión de contenidos de tales características, se ha de ordenar el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

57. *Cfr.* ampliamente al respecto, Alastuey Dobón, *ul. op. cit.*, pp. 8 y ss.

58. Contreras Mazarío. Libertad religiosa vs. libertad de expresión: análisis jurisprudencial. *Laicidad y Libertades: Escritos jurídicos*, n.º 17, diciembre, 2017, pp. 113 y ss.

59. Alastuey Dobón, *ul. op. cit.*, pp. 4 y ss.

60. Alastuey Dobón, *ul. op. cit.*, pp. 8 y ss. *Cfr.* sobre la necesidad de interpretación desde una óptica propia del principio de intervención mínima, Teruel Lozano (2015). *La lucha del Derecho contra el Negacionismo: una peligrosa frontera*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 448 y ss.; Portilla Contreras (2015). La represión penal del «discurso del odio». En: Quintero Olivares, G. (dir.). *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Cizur Menor, p. 737.

De la misma manera, también se habrían invocado otra serie de bienes jurídicos como la dignidad, el honor o el derecho a no ser discriminado. El sostenimiento de la dignidad como bien jurídico oponible al ejercicio abusivo de la libertad de expresión se habría enfrentado a la problemática de que como bien jurídico, la dignidad sería un concepto bastante difuso; el honor habría recibido las críticas de que podría carecer por sí mismo del suficiente peso para enfrentarse a la libertad de expresión de igual a igual, y por ello sería preciso reforzarlo con ataques a otros bienes; mientras que habían recibido mejor acogida las opiniones relativas a defender la legitimidad de la restricción penal del discurso del odio sobre el bien jurídico igualdad y el derecho a no ser discriminado. El discurso del odio provoca discriminación, sin necesidad de que incite a la realización de actos discriminatorios⁶¹.

Por otro lado, como ha indicado Alastuey Dobón, la inmensa mayoría de las propuestas de interpretación del delito contenido en el art. 510 CP se centraban en aproximar los elementos típicos al concepto de provocación recogido en el art. 18.1 CP. Existían dos posturas principales: por una parte, los que identificaban la provocación propia del art. 510.1 CP con los requisitos exigidos de publicidad, carácter directo de la incitación y que esta se dirigiera hacia la realización de un acto constitutivo de delito, entendiendo que provocar a la discriminación implicaba incitar a realizar algún acto discriminatorio constitutivo de delito y provocar a la violencia como incitar a la realización de actos violentos igualmente constitutivos de delito, y todo ello, de manera directa y ante un colectivo de personas o por medios que facilitaran la publicidad; por otra, los que defendían que debían mantenerse los requisitos de publicidad e incitación directa, pero bastando con que la provocación tuviera por objeto hechos antijurídicos, si bien, no exclusivamente penales⁶².

No obstante, el principal debate se centraba en la modalidad típica de la «provocación al odio», considerando que el odio sería una emoción humana y el castigo de un sentimiento chocaba con el derecho a la libertad de expresión. De ahí que se elaborasen formulas restrictivas de interpretación típica⁶³, reconduciendo el concepto de odio a la creación de actitudes hostiles o a la realización de hechos lesivos para los miembros del grupo⁶⁴.

61. De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros (2017). Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. *Diario La Ley*, n.º 8911, Sección Doctrina, 30 de Enero, pp. 1-19.

62. Alastuey Dobón (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *RECPC* 18-14, p. 8 y ss.

63. En relación a interpretaciones restrictivas de este tipo delictivo, *cfr.* Miró Llinares (2017). Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión. En: Miró Llinares (dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Madrid, pp. 45 y ss.

64. Alastuey Dobón (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015. *RECPC* 18-14, p. 8 y ss. *Cfr.* Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España, Secretaría de Estado de Seguridad, Ministerio del Interior, 2015, p. 6 y ss., destaca asimismo la promulgación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito mediante la que se transpone la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. Se resalta asimismo la Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica; y la Ley 41/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. En concreto, la Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha creado la figura del agente encubierto informático y medidas de investigación tecnológica, facultando a los agentes a investigar bien la difusión en las redes sociales de mensajes ofensivos que incitan al odio y la violencia o aquellas publicaciones en Internet que contengan contenidos

En este sentido, se habría hecho especial incidencia en que, con la nueva redacción tras la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se habría perdido por completo el vínculo con la provocación definida en el art. 18.1 CP, puesto que el verbo típico sería fomentar, promover o incitar y además se indica expresamente que caben modalidades directas o indirectas. A la provocación al odio, se habría unido la incitación a la hostilidad, complicando aún más su interpretación típica, al no incluirse tampoco otra serie de criterios reclamados por la doctrina de carácter restrictivo, como serían un efecto amenazante ni un contexto de crisis⁶⁵.

Por otro lado, se ha denominado ciberodio a «cualquier uso de las comunicaciones electrónicas de la información para diseminar mensajes o informaciones antisemitas, racistas, intolerantes, extremistas o terroristas. Estas comunicaciones electrónicas incluirían Internet (páginas webs, redes sociales, web 2.0, contenidos generados por los usuarios, páginas de contactos, blogs, juegos *online*, mensajería instantánea y *email*), así como otras tecnologías basadas en ordenadores y móviles (como mensajes de texto y teléfonos móviles)». Se resalta que el ciberodio sería un fenómeno creciente y global que crea un clima que normaliza la intolerancia hacia inmigrantes, personas sin hogar, musulmanes, judíos, gitanos, personas LGTBI y, en definitiva, de todas las personas que no encajen en sus perspectivas de poder y de exclusión, estimándose formas de ciberodio enviar mensajes desagradables, degradantes o amenazantes; publicación de comentarios, fotos o vídeos desagradables en un perfil, una página web o un chat; suplantación de identidad a la hora de realizar comentarios desagradables, en un foro de mensajes, en un chat, etc.⁶⁶ De este modo, el discurso del odio en Internet tendría una serie de particularidades como sería la sobreabundancia comunicativa (ya que, por medio de las redes sociales, la comunicación de mensajes que antes estaban limitados

que puedan constituir delitos de odio (amenazas, injurias, etc.). Asimismo, la Ley Orgánica 8/2015, y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia ha venido a contemplar, en relación a las víctimas menores de edad, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. *Cfr.* Modificaciones introducidas en torno a aporofobia y antigitanismo por la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

65. Alastuey Dobón (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *RECPC* 18-14, p. 16 y ss. Se señala que en la reforma de 2015 surge una clara inspiración en las propuestas del Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, D. Miguel Ángel Aguilar García. *Cfr.* asimismo, Bernal del Castillo (2016). La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015. *Indret*, 2/2016, pp. 8 y ss. Respecto a las conductas de 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, se habría expuesto que no se protegería en este delito la prevención del genocidio u otros crímenes contra la humanidad, sino que el objeto de la política criminal que se refleja en esta norma sería evitación de una situación de rechazo o violencia contra determinados grupos o personas que lesiona sus derechos fundamentales en el marco de una sociedad plural o multicultural, que sería el modelo que pretendería reflejar la Unión Europea. Por ello, se habría recalado que en actual texto penal la conducta «negacionista» deberá ser entendida como aquella opinión que, por rechazar unos hechos históricos, encierra contextualmente un contenido de ofensa a las víctimas de los mismos, de una forma que al menos genere una posibilidad de desconfianza hacia ellas o que las ofenda o que induzca al menos indirectamente a su rechazo. Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España, Secretaría de Estado de Seguridad, Ministerio del Interior, 2015, pp. 39 y ss. *Cfr.* Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

66. Alises. (2017). *Guía de Delitos de Odio LGTBI*. Consejería de Igualdad y Asuntos Sociales, Junta de Andalucía, pp. 56 y ss.

al ámbito privado, se habría convertido en pública de manera absolutamente masiva). En segundo lugar, la descentralización de la comunicación, que «democratiza» las comunicaciones (en el sentido de cualquiera puede emitir un mensaje con un enorme potencial de audiencia). El efecto multiplicador de las redes sociales permite convertir un determinado mensaje en un fenómeno de transmisión exponencial, dando lugar a lo que se denomina metafóricamente como «viralizaciones». Por otra parte, cobrarían relevancia factores como la permanencia de los contenidos, la itinerancia entre diferentes plataformas, el uso de pseudónimos, el anonimato y la transnacionalidad, dificultándose su persecución y ofreciendo una sensación de impunidad que alentaría la proliferación del discurso del odio, aludiéndose a la falacia del dualismo digital, como falsa separación entre el mundo *online* y el mundo *offline*⁶⁷.

Desde esta óptica, principalmente las redes sociales se habrían transformado en una plataforma de auto-comunicación de masas actuando como canalización de movimientos sociales, si bien, también presentarían la característica de poseer capacidades de control de la información y de manipulación⁶⁸. Se considera a los *haters* como «individuos que se dedican obsesivamente a atacar y agredir verbalmente a individuos concretos (en gran medida, personas famosas), o a colectivos a los que desprecian por su origen étnico, su religión, etc., si bien se incide en que sus motivaciones y sus prejuicios hostiles provendrían del espacio *offline*»⁶⁹.

Se insiste en que un aspecto esencial para comprender este fenómeno sería el sentimiento de pertenencia a una comunidad que apoya e insta a este tipo de actitudes. La sensación de estar en un círculo reducido (pese a que los mensajes son completamente públicos en la mayoría de ocasiones), superaría a los recelos de los interlocutores en revelar la identidad. Asimismo, también se produciría el cifrado de términos xenófobos o racistas para que no pudieran ser localizados⁷⁰.

En torno a la perseguibilidad de esta serie de comportamientos se ha indicado que las redes sociales más usadas en Europa, son empresas que tendrían su sede en los Estados Unidos, y este hecho influye en materias como protección de datos o colaboración con la justicia. Por ello, mientras en los Estados Unidos los proveedores de servicios están

67. Cabo Isasi y García Juanetey (2017). *El discurso de odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*. Ayuntamiento de Barcelona. Área de Derechos de Ciudadanía, Cultura, Participación y Transparencia Dirección de Servicios de Derechos de Ciudadanía y Diversidad. Barcelona, diciembre, pp. 7 y ss.

68. Bustos Martínez, De Santiago Ortega, Martínez Miró y Rengifo Hidalgo (2019). Discursos de odio: una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales. *Mediaciones Sociales*. Vol. 18 (2019): 25-42. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5209/MESO.64527>. Señalan que en una investigación llevada a cabo por la Universidad de Oxford se cuantificó que uno de cada 15.000 tuits escritos en inglés, lo que es se traduce en cerca de 10.000 tuits diarios, contenían insultos racistas (Cfr. Gagliardone, Danit, Thiago y Martínez, 2015). Se recoge también que en España, tras los atentados de París en noviembre de 2015, el tercer tema más comentado en las redes sociales se recogía bajo la almohadilla #matadatodoslosmusulmanes, situación que se repitió tras los atentados de Barcelona y Cambrils de agosto de 2017, acompañado de otras tendencias relacionadas tales como #stopIslam, #musulmanes terroristas, o #TerroristasWelcome o #Refugeesnotwelcome, dándole la vuelta a la campaña que le daba la bienvenida a los refugiados que huían de sus países en guerra.

69. Cabo Isasi y García Juanetey (2017), *El discurso de odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*. Ayuntamiento de Barcelona. Área de Derechos de Ciudadanía, Cultura, Participación y Transparencia Dirección de Servicios de Derechos de Ciudadanía y Diversidad. Barcelona, diciembre, pp. 7 y ss.

70. Cfr. Bustos Martínez, De Santiago Ortega, Martínez Miró y Rengifo Hidalgo (2019). Discursos de odio: una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales. *Mediaciones Sociales*. Vol. 18 (2019): 25-42. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5209/MESO.64527>.

prácticamente exentos de responsabilidad por los contenidos publicados, la atribución de responsabilidad a los prestadores de servicios intermediarios en la Unión Europea se basaría principalmente en el conocimiento del carácter ilícito de los contenidos publicados en su servicio, indicándose que solo serán responsables cuando no retiraran o impidieran el acceso a un contenido ilícito con prontitud, habiendo tenido conocimiento de su ilicitud por medio de una notificación del titular de los derechos o por medio de una orden de un órgano competente⁷¹.

Igualmente, la mayoría de las redes sociales tendrían sistemas de denuncia que permiten a los usuarios poner en conocimiento de las empresas la presencia de contenido abusivo que vulnere las normas de uso de las plataformas, para que las compañías valoren su eliminación. No obstante, a pesar de estos medios, se ha demostrado que la práctica de estas competencias ha resultado ser disfuncional, sobre todo debido a falta de transparencia sobre el proceso (si se realizan mediante algoritmos, equipos humanos o con una mezcla de ambos) o sobre el número de denuncias o cuentas eliminadas⁷².

5. Criminología mediática y *fake news*: la creación de la falsa realidad y constante modificación penal en el siglo XXI como rasgo de la actual sociedad digital y su reforma «a golpe de clic»

Una vez analizadas algunas cuestiones relativas a la posible repercusión penal de las *fake news*, en torno a los delitos contra el honor o formas vinculadas a los delitos de odio, desde nuestra perspectiva, en esta compleja materia debe reflexionarse sobre la importancia de la denominada «Criminología mediática» y cómo la presión social puede conllevar en última instancia al legislador a apoyarse en una líneas político criminales, que solamente desemboquen en un derecho penal de bagatela, simbólico o simplemente expresivo del contexto de la propia visión de la sociedad digital que todo lo mediatiza «a golpe de clic».

71. Cabo Isasi y García Juanetey, *ul. op. cit.*, pp. 25 y ss. Se cita la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, caso Delfi, que establece una diferenciación entre estableciendo una diferenciación entre proveedores de servicios técnicos, con un rol pasivo, como las redes sociales, y los proveedores de servicios de contenidos como una web de noticias o un medio de comunicación *online*. *Cfr.* sobre esta temática ampliamente, Galán Muñoz. (2010). *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet: un estudio sobre la incidencia penal de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico*. Valencia, p. 115 y ss., señala que los preceptos 16.1 y 17.1 de la LSSI mantienen dentro del ámbito de lo generalmente permitido a todas las prestaciones de servicios de almacenamiento y de enlaces que se hubiesen efectuado sin tener conocimiento de que un órgano competente hubiera declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y que el prestador conociera la correspondiente resolución. *Cfr.* Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

72. Cabo Isasi y García Juanetey (2017). *El discurso de odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*. Ayuntamiento de Barcelona. Área de Derechos de Ciudadanía, Cultura, Participación y Transparencia Dirección de Servicios de Derechos de Ciudadanía y Diversidad. Barcelona, diciembre, pp. 25 y ss. *Cfr.* en materia de protección de datos personales, Platero Alcón (2017). La responsabilidad de las redes sociales: el caso de Ashley Madison. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, n.º 150, septiembre-diciembre, pp. 1284 y ss., señala que en muchos casos los usuarios de una red social, pueden ser considerados como consumidores de las mismas en el sentido de la existencia de contratos de adhesión y la posible casuística de cláusulas abusivas tanto de elección de fueros como de ley aplicable y de exención de responsabilidad a las redes sociales.

Desde la teoría del *Labeling Approach* expuesta por Tannenbaum, Becker y Lemert, los grupos sociales crearían la desviación mediante la elaboración de normas cuya infracción constituye esa desviación, así como mediante la aplicación de tales normas a los individuos y a través del etiquetamiento (*labeling*) de los mismos como desviados. Desde este punto de vista, la desviación no sería una cualidad de la acción cometida por la persona, sino más bien una consecuencia de la aplicación por otros de las normas y sanciones a un «ofensor»⁷³.

Del mismo modo, como han indicado Muñoz Conde y Hassemer el proceso de criminalización o etiquetamiento como criminal de alguien, se debería también al propio funcionamiento de los órganos encargados de la Administración de Justicia. Se denominaría criminalización primaria a la llevada a cabo por el legislador cuando a través del procedimiento establecido para ello determina qué comportamientos deben ser calificados como delito y qué pena dentro de unos márgenes debe aplicársele. Por otra parte, para la teoría del etiquetamiento, el verdadero contenido de la ley lo determinarían precisamente los órganos encargados de su aplicación en sus distintas, fases, es decir, la criminalización secundaria, una forma de criminalización que en la práctica sería casi tan importante o más que la propia criminalización primaria⁷⁴.

Sin embargo, como ha puesto de relieve Zaffaroni, la manipulación informativa puede dar lugar a generar en la población, sobre todo en nuestra sociedad digital, a la convicción de que existe una realidad única, y esta sería la que le muestran en las pantallas los medios de comunicación⁷⁵.

De este modo, siguiendo a Zaffaroni⁷⁶, puede considerarse que siempre ha existido la criminología mediática y esta apelaría a una creación de la realidad a través de información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, basada en una etiología criminal simplista asentada en causalidad que se usa para canalizarla contra determinados grupos humanos.

Desde su punto de vista, el discurso de la criminología mediática actual no sería otro que el llamado neopunitivismo, que se expande por el mundo globalizado en una comunicación por imágenes necesariamente referida siempre a cosas concretas y, en consecuencia, el receptor de esa comunicación es instado en forma permanente al pensamiento concreto, lo que debilitaría su entrenamiento para el pensamiento abstracto⁷⁷.

La criminología mediática, según sostiene Zaffaroni, crearía la realidad antagónica de un mundo de personas honradas frente a una masa de criminales identificada a

73. Cfr. igualmente, Bergalli (1980). Origen de las teorías de la reacción social. Un aporte al análisis y crítica del labelling approach. *Revista de Sociología*, n.º 13, 1980, pp. 84 y ss.

74. Hassemer y Muñoz Conde (2012). *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*. Valencia, p. 125. Cfr. Zaffaroni, Alagia y Solkar (2000). *Manual de Derecho penal, Parte general*. Buenos Aires.

75. Zaffaroni y Dias Do Santos (2020). *La nueva crítica criminológica en tiempos de totalitarismo financiero*. Valencia, pp. 76 y ss. Sobre la importancia de dar sentido a la información, cfr. Vidaurri Aréchiga y Esquivel Hernández (2022). *Cartas a jóvenes estudiantes de la Criminología*. Ciudad de México, pp. 13 y ss.

76. Cfr. Zaffaroni. La Criminología Mediática. *La Cuestión Criminal*. Disponible en: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/ecal/wp-content/uploads/sites/152/2020/11/11-Zaffaroni-La-cuestion-criminal.-Criminologia-mediatica.pdf>.

77. Cfr. Zaffaroni. La Criminología Mediática. *La Cuestión Criminal*. Disponible en: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/ecal/wp-content/uploads/sites/152/2020/11/11-Zaffaroni-La-cuestion-criminal.-Criminologia-mediatica.pdf>

través de estereotipos, que configuran un ellos separado del resto de la sociedad, donde el oportunismo político implica la aprobación de leyes disparatadas, donde se confunde la ley penal con Internet⁷⁸.

Como ponía de relieve Castells,⁷⁹ la denominada «sociedad de la información» se trataría de una sociedad en la que las condiciones de generación de conocimiento y procesamiento de información habrían sido sustancialmente alteradas por una revolución tecnológica centrada sobre el procesamiento de información, la generación del conocimiento y las tecnologías de la información, sin que ello quiera decir que la tecnología sea lo que determine, sino que esta se desarrollaría en relación con contextos sociales, institucionales, económicos o culturales.

En este sentido, se destaca⁸⁰ que Internet no sería principalmente una tecnología, sino que sería una producción cultural al exteriorizar una cierta y determinada cultura, favoreciéndose incluso en algunos casos «formas alternativas de vivir» dentro de «comunidades virtuales», que se convierten en lugares de libertad donde, a escala mundial, se podían construir formas alternativas de comunicación y, en última instancia, de política.

La sociedad del conocimiento, por otro lado, sería aquella aquella en la que los ciudadanos disponen de un acceso prácticamente ilimitado e inmediato a la información, y en la que esta, su procesamiento y transmisión actúan como factores decisivos en toda la actividad de los individuos, desde sus relaciones económicas hasta el ocio y la vida pública⁸¹.

En esta línea, Polo Roca habría afirmado que hay que distinguir conocimiento e información, ya que la información sería algo externo que se encuentra a nuestra disposición, mientras que el conocimiento sería un crecimiento interno, un avance hacia nosotros mismos, una potenciación de nuestra capacidad operativa⁸².

Según Castelfranchi (2007), la sociedad del conocimiento se distingue de la sociedad de la información en que la primera sirve para transformar la información en recursos que permiten a la sociedad tomar medidas efectivas, mientras que la segunda solo crea y difunde los datos en bruto⁸³.

En la terminología de Castells, entenderíamos a la sociedad *red* (*network society*) como la traducción social que tuvo la primera; como aquella estructura social característica de la «sociedad de la información» o «sociedad postindustrial»⁸⁴.

78. Cfr. Zaffaroni. La Criminología Mediática. *La Cuestión Criminal*. Disponible en: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/ecal/wp-content/uploads/sites/152/2020/11/11-Zaffaroni-La-cuestion-criminal.-Criminologia-mediatica.pdf>

79. Castells. *La dimensión cultural de Internet*. [Consulta: septiembre 2023]. Disponible en: <https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articulos/castells0502/castells0502.html>, consultada en septiembre 2023

80. Vid. Nota anterior.

81. Cfr. Polo Roca (2020). Sociedad de la Información, Sociedad Digital, Sociedad de Control. *Inguruak. Revista Vasca de Sociología y Ciencia Política*, n.º 68 (junio). [Citando a Sanz-Magallón, 2000]. Disponible en: <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>.

82. Polo Roca (2020). Sociedad de la Información, Sociedad Digital, Sociedad de Control. *Inguruak. Revista Vasca de Sociología y Ciencia Política*, n.º 68 (junio). Disponible en: <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>

83. Polo Roca (2020). Sociedad de la Información, Sociedad Digital, Sociedad de Control. *Inguruak. Revista Vasca de Sociología y Ciencia Política*, n.º 68 (junio). Disponible en: <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>

84. Vid. Nota anterior. Citando a Castell, 2020.

Este nuevo tipo de sociedad, se habría ido formando en las dos últimas décadas del siglo XX y habría transformado toda la actividad humana, donde las redes digitales irían más allá de Internet, sumándole la aparición de la inteligencia artificial (IA) con máquinas capaces de aprender y decidir; cada uno de nuestros ámbitos de vida está siendo transformada⁸⁵.

Actualmente podríamos referirnos a la sociedad digital como una evolución de la sociedad de la información, en la que el ciberespacio nos aleja del mundo real y transforma relaciones laborales, sentimentales y afectivas, poder, comunicación, etc.⁸⁶ Sin embargo, esta sociedad del *big data*, como destaca Polo Roca nos habría hecho desembocar en la «sociedad del control, del panóptico digital y en la era de la vigilancia digital y la importancia del auto-control social»⁸⁷.

En la sociedad del «control» y la «transparencia» se han llevado a cabo dos métodos paralelos de control y vigilancia, como pueden ser, por ejemplo, la captación de información personal por parte de las redes sociales y el empleo de drones para observar inadvertidamente todo lo que ocurre sobre la superficie de la tierra. Toda esta información puede ser utilizada para un mayor control de cada integrante de la sociedad y, además, el desarrollo tecnológico contribuye a la ubicuidad de las prácticas de vigilancia en nuestras sociedades, surgiendo la «vigilancia líquida» donde las personas, en cada uno de los roles de la vida cotidiana, son constantemente controladas, observadas, examinadas, evaluadas, valoradas y juzgadas, proporcionando muchas veces datos por voluntad propia, con teléfonos móviles, GPS, tarjetas de crédito, redes sociales y demás⁸⁸.

Se ha destacado, en este sentido, que todo ello puede llevar a la convicción de que podemos pasar de ser una sociedad basada en la libertad, a una sociedad basada en el control bajo el contexto del panóptico digital⁸⁹ o *panspectrum* con una vigilancia donde los usuarios de Internet se sentirán observados por una figura externa de autoridad o el propio usuario se impondrá límites a sí mismo por un sentimiento de supervisión de un ente superior⁹⁰.

De este modo, lo privado se transforma en público en mor de la transparencia y surgen las posibles prácticas discriminatorias que puedan derivarse de la ideología del algoritmo que orienta el *big data*: la posible exclusión de colectivos e individuos, así como las limitaciones en el disfrute de derechos y libertades públicas, pueden derivar en un proceso de segmentación social⁹¹.

Por lo tanto, si partimos de estos rasgos de nuestra actual sociedad digital, hay que ser conscientes de que nuestras formas de *criminalización primaria*⁹² de creación

85. Polo Roca (2020). Sociedad de la Información, Sociedad Digital, Sociedad de Control. *Inguruak. Revista Vasca de Sociología y Ciencia Política*, n.º 68 (junio). [Citando a Castell, 2020]. Disponible en: <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>.

86. Polo Roca (2020). Sociedad de la Información, Sociedad Digital, Sociedad de Control. *Inguruak. Revista Vasca de Sociología y Ciencia Política*, n.º 68 (junio). Disponible en: <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>

87. Vid. nota anterior.

88. Vid. nota anterior, citando entre otros a Byung-Chul, 2014a.

89. Vid. nota anterior, citando a Remotti Carbonell, 2009.

90. Vid. nota anterior, citando a Díaz-Bizkarguenaga, 2018.

91. Vid. nota anterior, Polo Roca, citando a Byung-Chul, 2014b: 99.

92. Zaffaroni y Dias Do Santos (2020). *La nueva crítica criminológica en tiempos de totalitarismo financiero*. Valencia, pp. 76 y ss.

de nuevos tipos delictivos no pueden ser una mala reproducción del proceso de obtener información, cada día, cada segundo, «a golpe de clic», sin ser conscientes de que la alarma social frente al crimen va a cumplir con ser una forma de exteriorizar y solemenizar el miedo al delito de esta sociedad digital, inmersa en el paradigma digital, conforme con la proliferación de formas de vigilancia líquida y la posible influencia de la ideología del algoritmo inserta en la realidad antagónica de la criminología mediática anteriormente descrita por Zaffaroni.

Desde nuestra óptica, siguiendo lo ya manifestado proverbialmente por González Cussac en relación a la reforma penal del año 2015, no puede caerse en las reivindicaciones de penalización ad hoc del fenómeno de las fake news en un derecho penal cuyas señas de identidad sean la falta de procedimiento, debate y consenso; el uso a la denominada «alquimia legislativa», donde presuntos ilícitos penales presuntamente desaparecen del Código Penal mientras se reclama su instalación en el derecho administrativo sancionador (quedándose en el texto penal adoptando un nombre diferente); un Código Penal donde las penas sean muestra de la involución en una máquina del tiempo o en un «giratiempo» retornado a épocas pasadas; o donde la reforma legislativa criminal sea un ejemplo frecuente de la «flexilegalidad» donde cada vez se pierden más garantías en su acelerada tramitación⁹³.

Como ha subrayado González Cussac, cualquier reforma penal de importancia necesitaría de un amplio consenso que exprese auténticamente el soporte ciudadano y la pluralidad de la sociedad española, derivando directamente del contrato social. Se exigirían unas normas penales que no invoquen falaces amparos al principio de intervención mínima, la racionalización del uso del servicio público de la Justicia y la disminución relevante del número de asuntos menores, donde podría realmente enmascarse un «ensañamiento punitivo» con las capas más vulnerables económicamente de la sociedad⁹⁴.

En estas líneas político criminales, cada vez se recurre con más frecuencia a la tipificación de delitos de peligro⁹⁵ y al adelantamiento de la línea de intervención penal, materializada en varias manifestaciones de criminalización generalizada de actos preparatorios, poniendo en entredicho las exigencias mínimas dimanantes del principio de ofensividad, prohibición de exceso, proporcionalidad, mínima intervención, y carácter fragmentario y secundario del derecho penal, en una bienvenida a la denominada acertadamente «era del pensamiento penal rápido»⁹⁶, cuando lo esencial sería defender en cualquier caso «el compromiso del jurista con un pensamiento crítico sustentado en hechos y razones»⁹⁷ y no seguir el fácil hilo discursivo marcado por la cada vez más

93. González Cussac (2015). Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología. *Teorder*, n.º 17, pp. 168-177.

94. González Cussac (2015). Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología. *Teorder*, n.º 17, pp. 168-177.

95. Basta referirnos a las últimas materias en relación a nuevos delitos contra la salud pública en el ámbito de los medicamentos relacionados con su publicidad dirigida a menores de edad, inducciones a través de medios digitales al suicidio de menores, por citar algunos ejemplos más recientes durante los últimos años.

96. González Cussac (2023). ¡Cómo hemos cambiado! Mutaciones del Derecho penal. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 49 (número especial en homenaje al Profesor Javier de Lucas), págs. 153-162. *Cfr.* Respecto a estas cuestiones desde la Criminología Crítica, Baratta (1991). Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*, n.º 1, pp. 37 y ss.

97. *Cfr.* González Cussac, *ul. op. cit.*, p. 162.

influyente «criminología mediática» en una sociedad digital cuyos algoritmos pueden ser en última instancia manipulados para confundir al crédulo espectador y receptor de la desinformación, contentándose con una normativa producida aceleradamente y muestra evidente de un pura función promocional o simbólica de la amenaza penal.

6. Conclusiones

Una vez expuestas las principales perspectivas en las que puede proyectarse la posible repercusión penal de las *fake news* en materia ligada al discurso del odio, entendemos que debe también procederse a una serie, aunque sea de primeras conclusiones sobre esta delicada e importante cuestión.

En primer lugar, entendemos, que en torno a las *fake news*, con su amplia concepción, debe seguirse, como ha destacado la doctrina especializada⁹⁸, lo dispuesto por el Tribunal Constitucional cuando distingue expresamente entre los conceptos de libertades de expresión e información, entendiéndose que la primera sería más amplia por no operar en su ejercicio el límite interno de veracidad. No constituye una lesión al honor cualquier manifestación que implique una crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige», aceptándose la libertad de crítica.

Respecto a la libertad de información, definida como «derecho a difundir información noticiable y veraz, que no contenga expresiones vejatorias o afrentosas por cualquier medio de difusión», se ha considerado que la libertad de información prevalecería sobre el derecho al honor si reúne las características de «noticiable» y «veraz», sustituyéndose el criterio de la exactitud por el de diligencia valorada desde un juicio objetivo *ex ante*, resultando irrelevante que *ex post* se demuestre que la información transmitida no se ajusta objetivamente a la realidad. En el examen de la diligencia se tendrán en cuenta las posibilidades efectivas de contrastar la información y la fiabilidad de las fuentes de información utilizadas.

En este sentido, si partimos de la visión de la desinformación como «información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público», es notorio que no llegaría a poseer las características de «veracidad» expresadas anteriormente, con lo cual, en algunos casos, podría plantearse la posible comisión de determinados delitos contra el honor, como calumnias o injurias recogidos en los artículos 205 y 208 CP.

Por otra parte, desde nuestra perspectiva, en torno a la realización de delitos de incitación al odio, contenidos en el art. 510 CP a través de noticias falsas, cobraría notable importancia desde el punto de vista penal el respeto al principio de lesividad y de *ultima ratio* penal, sobre todo en aspectos ligados a la presencia de un elemento tendencial, referido a la intención, finalidad o motivación del sujeto activo, y la constatación objetiva de una situación de grave riesgo para las personas o derechos de terceros o para el

98. Carmona Salgado (2012). *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Valencia, pp. 133 y ss.

propio sistema de libertades, abarcada por el dolo del autor. Se ha insistido en que la aptitud para generar un riesgo debe ser objetiva y no subjetiva, en el sentido de incitación a cometer actos violentos, por lo tanto, en torno a formas vinculadas con el discurso del odio debe prestarse principal atención al eco de los mensajes⁹⁹, y a los criterios establecidos en la Recomendación de Política General n.º 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), para delimitar el discurso del odio, sobre todo, dentro de un contexto principalmente de instigación directa a actos violentos contra el colectivo diana especialmente protegido en la norma penal.

Sin embargo, a pesar de esta primera aproximación, desde nuestro punto de vista, entendemos que respecto a las *fake news* y su persecución penal tenemos que partir obligatoriamente, de que ni tan siquiera la situación de una grave alarma social podría servir de paraguas para encubrir ataques al ejercicio legítimo a la libertad de expresión e información, instaurándose *a priori* controles más propios de sistemas de censura que de Estados democráticos de Derecho. En torno a la ponderación con respecto, por ejemplo, al derecho al honor, habrá que estar a lo dispuesto tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para deslindar cuando primaría la defensa del derecho a la información y a la libertad de expresión, teniendo en cuenta que el primero gira en torno al mantenimiento de una rigurosidad en la búsqueda de la verdad y su correspondiente exposición¹⁰⁰.

En este sentido, habría que distinguir, en cualquier caso, los supuestos en los que realmente las *fake news* o noticias falsas atacan directamente al derecho a la información, y colateralmente a la libertad de expresión, reconociendo que la desinformación en el mundo contemporáneo sería un problema de primer orden en las sociedades avanzadas, pero sin que ello conlleve a que se valore exclusivamente a la amenaza penal en primera o única instancia y de una forma absolutamente indiscriminada.

Como hemos destacado anteriormente, el derecho penal actual no puede dejarse influir exclusivamente por la visión ofrecida por la «criminología mediática» en una sociedad digital en la que la expansión de la información venga determinada por algoritmos que pudieran ser manipulados para confundir al ciudadano receptor de la desinformación, el cual también puede demandar y conformarse con una normativa penal elaborada aceleradamente, sin mayor reflexión ni estudios empíricos ni legislativos que la sustenten, siendo en el fondo una fácil respuesta, ejemplo de un pura función promocional o simbólica de la norma penal. Por lo tanto, sería ineludible que los ordenamientos jurídicos nacionales, y sus correspondientes órganos jurisdiccionales, incluida la jurisdicción constitucional como el derecho de la Unión Europea y sus instituciones, continúen comprometidos en el desarrollo y en la tutela más amplia y eficaz de los mencionados derechos a la libre expresión y a la libre información¹⁰¹ ofreciendo

99. Cfr. Ramírez Ortiz. Apologías débiles y libertad de expresión: hitos de la jurisprudencia. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, n.º 53/2019 BIB 2019/855.

100. Cfr. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de agosto de 2018 (caso Savva Terentyev v. Rusia), en las que se reconoce que las instituciones públicas deben tener mayor grado de tolerancia ante las palabras ofensivas.

101. Cfr. La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado. *EPRS*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo Unidad Biblioteca de Derecho Comparado PE 642.241. Octubre 2019, pp. 47 y ss., recogiendo asimismo la doctrina sobre «el derecho al olvido en Internet», aludiendo a la STC 58/2018, de 4 de junio que indica que cuando «la noticia relata hechos pasados sin ninguna incidencia en el presente. No se trata de una noticia nueva sobre hechos

herramientas jurídicas realmente adaptadas a la compleja sociedad digital en la que nos insertamos.

Asimismo, el derecho a recibir información veraz habría sido entendido como el fundamento para una *reformulación* de los límites que se imponen actualmente a la libertad de información y, en concreto, para un ajuste de la propia idea de veracidad de la información adaptada al contexto de nuestra digitalizada sociedad actual¹⁰².

Así, se ha defendido que en la era digital las libertades de expresión y de información deben avanzar hacia la afirmación de un *ius communicationis*, un derecho a la comunicación en el que se tutele todo el proceso comunicativo entendido en toda su extensión, reconociendo la libertad de expresarse en su vertiente activa, pero también la dimensión pasiva y los derechos a recibir y acceder a la información, asumida esta a su vez en su sentido más amplio (informaciones, opiniones, valoraciones, etc.), reclamándose incluso un legítimo derecho de acceso a la sociedad de la información y a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), como derecho fundamental inherente al propio reconocimiento de la libertad de expresión y de información, debiendo examinarse el actual alcance del concepto de veracidad en la Red o la importancia del medio y del modo de comunicación para el tratamiento jurídico¹⁰³.

Financiación

Parte de estas investigaciones han sido exteriorizadas a través del proyecto FEDER-UPO, «El discurso del odio en Andalucía. Análisis de su incidencia y persecución penal (FEDER UPO-1265099)», siendo la autora coinvestigadora principal de dicho proyecto I+D. Asimismo, este trabajo se inserta dentro del proyecto de investigación «La desinformación como riesgo en el mundo digital: análisis interdisciplinar» (DRIMUDAI), Ref. PID2022-137466NB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

actuales ni de una nueva noticia sobre hechos pasados, que puedan merecer una respuesta constitucional distinta. Su difusión actual en poco contribuye al debate público. Por tanto, la retransmisión de la noticia en cuestión, transcurridos más de treinta años desde que los hechos ocurrieron, carece a día de hoy de toda relevancia pública».

102. Galdámez Morales (2019). Posverdad y crisis de legitimidad. El creciente impacto de las *fake news*. *Revista Española de Transparencia*, n.º 8, pp. 25-44. Citando el Informe de la Unión Europea. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.

103. Cfr. Teruel Lozano (2014). Libertad de expresión y censura en Internet. *Estudios de Deusto*, 62, n.º 2. Sobre verificación de veracidad en la red, cfr. Ballard Spahr Andrews e Ingersoll, LLP. (2002). *Evaluating the quality of information on the Internet: groups that alert the public to Internet fraud, fanaticism and bad information*. En relación a pautas básicas, cfr. INCIBE, cfr. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-privacidad-y-seguridad-en-internet.pdf>. Cfr. igualmente, Galán Muñoz (2019). El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?. En: Galán Muñoz y Mendoza Calderón (2019). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia, pp. 209 y s, donde recoge en materia de discurso del odio terrorista, que la enorme amplitud e indeterminación de los nuevos delitos ha generado que nuestro sistema se coloque al borde de las fronteras que delimitan el necesario respeto y garantía de los derechos a la libertad ideológica y de expresión que debe acatar todo Estado democrático que no sea ejemplo de una democracia autoritaria o meramente formal.

Referencias

- Alastuey Dobón (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *RECPC* 18-14 .
- Alises (2017). *Guía de Delitos de Odio LGTBI*. Consejería de Igualdad y Asuntos Sociales, Junta de Andalucía.
- Alonso Rimo (2015). En: Matallín Evangelio, Górriz Royo y González Cussac (coord.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Actualizada con la corrección de errores. *BOE* 11 de junio de 2015. Valencia. Documento TOL5.009.875.
- Arroyo Zapatero (1996). La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida. *Revista Derecho y Salud*. Volumen 4, n.º 1.
- Agustina Sanllehi (2009). La arquitectura digital de Internet como factor criminógeno: Estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual. *International e-Journal of Criminal Science*. Artículo 4, n.º 3.
- Álvarez Jiménez, Pérez Rothstein y Antón Mellón (2015). Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión. *Revista Crítica Penal y Poder*. 2015, n.º 9, septiembre, OSPDH. Universidad de Barcelona.
- Bernal del Castillo (2016). La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015. *Indret*, 2/2016.
- Ballard Spahr Andrews e Ingersoll, Llp (2012). *Evaluating the quality of information on the Internet: groups that alert the public to Internet fraud, fanaticism and bad information*.
- Bustos Martínez, De Santiago Ortega, Martínez Miró *et al.* (2019). Discursos de odio: una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales. *Mediaciones Sociales*. Vol. 18: 25-42. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5209/MESO.64527>.
- Cáceres Zapatero, Díaz Soloaga García, García Guardia *et al.* (2010). Construcción social de la realidad en los nativos digitales: una revisión teórica desde la perspectiva narrativa y el hipertexto. *Prismasocial, Revista de ciencias sociales*, n.º 3, junio 2010. Carnevali Rodríguez. Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Revista Ius et Praxis*. Año 14, n.º 1.
- Castells (2023). *La dimensión cultural de Internet*. Disponible en: <https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articulos/castells0502/castells0502.html>, consultada en septiembre 2023.
- Cabo Isasi y García Juanetey (2017, diciembre). *El discurso de odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona, Área de Derechos de Ciudadanía, Cultura, Participación y Transparencia. Dirección de Servicios de Derechos de Ciudadanía y Diversidad.
- Carbonell Mateu (1995). Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVIII. Cursos e Congresos, n.º 87. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, pp. 8-44.
- Carmona Salgado (2012). *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Contreras Mazarío (2017). Libertad religiosa vs. libertad de expresión: análisis jurisprudencial. *Laicidad y Libertades: Escritos jurídicos*, n.º 17, diciembre.
- Cortés Bechiarelli (2019). Delitos contra la salud pública. En: Gómez Rivero. *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial*. Madrid.
- De la Mata Barranco (2020). *Almacén de Derecho*, edición de 19 de abril. *Iberley*, edición de 27 de febrero de 2020. *El Derecho*, Las Fake News o falsas noticias; cómo detectarlas y evitarlas, edición de 31 de marzo de 2020.
- De las Heras (2020). Las *fake news* ante el Derecho penal español. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 12 bis, mayo 2020, pp. 70-77.
- De Pablo Serrano (2017). *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el Derecho histórico y en el Derecho vigente español*. Documento TOL6.494.752. [Consulta: julio 2020].
- De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros (2017). Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. *Diario La Ley*, n.º 8911. Sección Doctrina, 30 de Enero de 2017, pp. 1-19.

- Díez Ripollés (2011). El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, n.º 130. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>.
- Fernández Bautista (2013, julio). La tutela de las libertades de expresión e información versus honor ¿jurisprudencias convergentes? Consecuencias en el ámbito Jurídico-Penal. BIB 2013\9702. En: *El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo*. BIB 2013\1340.
- Fuentes Osorio (2009). Elementos subjetivos en los delitos contra el honor. *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXIX, pp. 271-310.
- Ferrandis Ciprián (2015). En: González Cussac (dir.), Gorriz Royo, Matallín Evangelio (coord.). *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia.
- Galán Muñoz (2019). El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twietteros y titiriteros? En: Galán Muñoz y Mendoza Calderón. *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia.
- Galán Muñoz y Núñez Castaño (2019). *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia.
- Galdámez Morales (2019). Posverdad y crisis de legitimidad. El creciente impacto de las fake news. *Revista Española de Transparencia*, n.º 8, pp. 25-44.
- García Albero (2016). En: Quintero Olivares (dir.). *Comentarios al Código penal (2015)*. Cizur Menor, pp. 980 y ss.
- García Arán (2018). Libertad de información y procesos penales en curso. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º. 24 (ejemplar dedicado a: Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal), pp. 14-33.
- Gómez Rivero (2019). *Revueltas, multitudes y Derecho penal*. Valencia.
- González Cussac (2015). Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología. *Teorder*, n.º 17.
- González Cussac (2023). ¡Cómo hemos cambiado! Mutaciones del Derecho penal. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 49 (Número especial en homenaje al Profesor Javier de Lucas).
- Hassemer (2008). La seguridad por intermedio del Derecho penal. En: Muñoz Conde (dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia, p. 28.
- Landa Gorostiza (2020). Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente. *RECPC* 22-19.
- Maqueda Abreu (2015). En: Górriz Royo, González Cussac y Matallín Evangelio (coord.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Actualizada con la corrección de errores. *BOE*, 11 de junio de 2015. Valencia: DOCUMENTO TOL5.009.87.
- Manzanares Samaniego (2016). *Comentarios al Código penal*. Madrid.
- Mendoza Calderón (2011). *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*. Valencia.
- Mendoza Calderón (2019). Discurso del odio e inmigración. La criminalización de la intolerancia en Derecho penal español. En: Galán Muñoz y Mendoza Calderón (dir.). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia.
- Miró Llinares (2017). Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión. En: Miró Llinares (dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Madrid.
- Muñoz Conde (2022). *Derecho penal, Parte especial*. Valencia.
- Navarro Cardoso (2022). Aproximación político-criminal a la desinformación. En: León Alapont (dir.). *El Derecho Penal frente a las crisis sanitarias*. Valencia.
- Núñez Castaño (2008). Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal de enemigos. En: Muñoz Conde (dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia.
- Núñez Castaño (2009). El Derecho penal ante las transformaciones sociales ¿un camino sin retorno? ¿Hacia el Derecho penal del enemigo? *Revista General de Derecho Penal*, n.º 11.

- Pauner Chulvi (2018). Noticias falsas y libertad de expresión e información. el control de los contenidos informativos en la red. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 41, pp. 297-318.
- Paredes Porro (2020, 19 de abril). *Operativa penal. Covid-19*. Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Población y Territorio, Dirección General de Emergencias, Protección Civil e Interior Junta de Extremadura. Disponible en: [//www.laregion.es/articulo/a-limia/denunciada-injurias-acusovecina-haber-contagiado-suegra-coronavirus/20200325235013934973.html](http://www.laregion.es/articulo/a-limia/denunciada-injurias-acusovecina-haber-contagiado-suegra-coronavirus/20200325235013934973.html), consultado en fecha 25 de marzo de 2020.
- Platero Alcón (2017). La responsabilidad de las redes sociales: el caso de ASHLEY Madison. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XLIX, n.º 150, septiembre-diciembre, pp. 1284 y ss.
- Pérez Cepeda (2006). El Código penal de la seguridad: una involución en la política criminal de signo reaccionario. En: VV. AA. *La tensión entre la libertad y seguridad*. Universidad de la Rioja.
- Polo Roca (2020). Sociedad de la Información, Sociedad Digital, Sociedad de Control. *Inguruak. Revista Vasca de Sociología y Ciencia Política*, n.º 68 (junio). Disponible en: <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>.
- Pozuelo Pérez (2013). *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*. Barcelona.
- Portilla Contreras (2015). La represión penal del «discurso del odio». En: Quintero Olivares, G. (dir.). *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Cizur Menor.
- Ramírez Ortíz (2019). Apologías débiles y libertad de expresión: hitos de la jurisprudencia más reciente y algunos parámetros interpretativo-aplicativos. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 53/2019. BIB 2019\855, pp. 1-50.
- Richter (2018). *El Ciudadano Digital. Fake News y posverdad en la era digital*. México: Editorial Océanoa, pp. 25 y ss.
- Romeo Casabona (2001). Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada a los consumidores. *Revista de Derecho penal*, n.º 4, septiembre.
- Sáez Valcárce (2016). Amenazas a la libertad de expresión en el ámbito penal. La represión de los discursos peligrosos. *Revista de derecho social*, n.º 74.
- Teruel Lozano (2011). Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 25, pp. 81-103.
- Teruel Lozano (2015). *La lucha del Derecho contra el Negacionismo: una peligrosa frontera*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Teruel Lozano (2014). Libertad de expresión y censura en Internet. *Estudios de Deusto*, 62, n.º 2.
- Weidenslauffer (2019). *La regulación de las «fake news» en el Derecho comparado*. Asesoría Legal Parlamentaria. Congreso Nacional de Chile. Enero, pp. 1-14.