

Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003
[BOE n.º 26, de 30-I-2015]

CIBERDELINCUENCIA

El Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, adoptado en Estrasburgo el 28 de enero de 2003, entró en vigor el pasado 1 de marzo de 2006, una vez cumplidas las previsiones de su artículo 10 –el primer día del mes siguiente al transcurso de un plazo de tres meses desde que cinco Estados mostraron su consentimiento en quedar obligados por dicho Protocolo; concretamente Eslovenia, Albania, Dinamarca, Chipre y A.R.Y. de Macedonia– y, a fecha de Ratificación por parte de España, son 23 los Estados que ya han consentido en obligarse por el mismo. Dicho Protocolo viene a completar el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, adoptado en Budapest, el 23 de noviembre de 2001.

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia fue adoptado, como se reconoce en su Preámbulo, para proteger a la sociedad frente al cibercrimen, particularmente previniendo los actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos, mediante la tipificación de esos actos. Con este fin, el citado instrumento del Consejo de Europa está dividido en una estructura de Capítulos y Secciones.

El primer Capítulo, que contiene del mismo modo el primero de los artículos, está dedicado a definir, de modo auténtico a efectos del Convenio, una serie de conceptos relacionados con los sistemas y datos informáticos. El segundo Capítulo está dividido en tres Secciones y se dedica a aquellas medidas que deben adoptarse a nivel nacional –artículos 2 a 22–, tanto desde el punto de vista del Derecho penal material, como el Derecho procesal y de jurisdicción. El Capítulo tercero contiene normas dedicadas a Cooperación Internacional y asistencia mutua –artículos 23 a 35–. Finalmente, el cuarto y último Capítulo se refiere a una serie de disposiciones finales, al uso de otros instrumentos del Consejo de Europa.

En este contexto, el Protocolo adicional que es objeto de este comentario viene a ampliar el contenido del Convenio, en todos los aspectos mencionados anteriormente –aspectos materiales, procesales y de jurisdicción y mecanismos de cooperación internacional y asistencia mutua (art. 8)–, como respuesta jurídica a la propaganda de

índole racista y xenófoba difundida a través de sistemas informáticos. El Protocolo parte del reconocimiento de la libertad de expresión como «uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática» y como condición básica «para su progreso y el desarrollo de todo ser humano» para posteriormente, con una estructura similar a la del Convenio, desarrollar los distintos preceptos que buscan «garantizar un equilibrio idóneo entre la libertad de expresión y una lucha eficaz contra los actos de índole racista y xenófoba» y, así efectivamente, armonizar las disposiciones legales sustantivas relativas a la lucha contra la propaganda racista y xenófoba.

Capítulo I. Tras la expresión de la finalidad del Protocolo (art. 1), encontramos la definición auténtica de la dicción «material racista y xenófobo». Se entiende por tal «todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores» (art. 2.1). Así mismo, el siguiente precepto nos remite al Convenio sobre la Ciberdelincuencia para la correcta interpretación de expresiones y términos empleados en el Protocolo (art. 2.2).

Capítulo II. Bajo la rúbrica «Medidas que deben tomarse a nivel nacional», los artículos 3 al 6 contienen una serie de normas de marcado carácter penal, que imponen la obligación a los Estados de tipificar como delito, conforme su Derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas se cometan intencionalmente:

Difusión de material racista y xenófobo mediante sistemas informáticos (artículo 3). Se trata de criminalizar la difusión o puesta a disposición del público de cualquier otro modo de material racista y xenófobo por medio de un sistema informático. Sin embargo, esta aparente imperatividad se relativiza con las reservas de los apartados dos y tres de dicho artículo. El artículo 3.2 faculta a los Estados Parte a no tipificar como delito la difusión de un material que propugne, promueva o incite a una discriminación que no esté asociada con el odio o la violencia, siempre que se disponga de otros recursos eficaces. El tercer párrafo de este tercer artículo va aún más allá y permite a las Partes no aplicar el apartado primero en aquellos casos de discriminación respecto de los cuales, a la luz de los principios establecidos en su ordenamiento jurídico interno en materia de libertad de expresión, no pueda prever los recursos eficaces que refiere el apartado anterior.

Amenazas con motivación racista y xenófoba (art. 4). El Protocolo insta a los Estados Parte a tipificar el hecho de amenazar, por medio de un sistema informático, con la comisión de un delito grave, tal como se define en el Derecho interno, i) a personas por razón de su pertenencia a un grupo caracterizado por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores; o ii) a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características.

Insultos con motivación racista y xenófoba (art. 5). El instrumento comentado considera que merece reproche penal el insultar en público, por medio de un sistema informático, a diversas personas o grupo de personas, siguiendo la misma redacción que el artículo precedente. En este caso, este precepto incluye, de nuevo, dos reservas adicionales. Por un lado, faculta a las Partes a que exijan que estos insultos, para ser tipificados, tengan como efecto exponer a la persona o grupo de personas indicadas al desprecio o al ridículo (art. 5.2. a); y, por otro, incluso, posibilita que los Estados reserven aplicar, en todo o en parte, el propio precepto del artículo 5.1 (art. 5.2. b).

Negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad (art. 6). Las conductas que el Protocolo pretende incluir en el ordenamiento penal de los Estados Parte con este artículo consisten en difundir o poner a disposición del público de otro modo, por medio de un sistema informático, material que niegue, minimice burdamente, apruebe o justifique actos constitutivos de genocidio o crímenes contra la humanidad, tal como se definen en el derecho internacional y reconocidos como tales por una decisión definitiva y vinculante del Tribunal Militar Internacional, o de cualquier otro tribunal internacional establecido por los instrumentos internacionales pertinentes y cuya jurisdicción haya sido reconocida por esa Parte. Esta norma incluye las dos mismas reservas que la del artículo anterior, hecho que, siguiendo la opinión de F. JIMÉNEZ GARCÍA, refuerza la tesis de que el Protocolo presenta un carácter más programático y de denuncia que el propio Convenio sobre la Cibercriminalidad, si atendemos a la flexibilidad que incorpora en su articulado.

Por su parte, el artículo 7 del Protocolo insta a los Estados Parte a tipificar como delito la cooperación y complicidad intencionadas para la comisión de cualquiera de los delitos mencionados en los artículos anteriores.

Capítulo III. Como se ha indicado anteriormente, el artículo 8 amplía los contenidos de carácter conceptual, material y procesal, así como de cooperación y asistencia mutua internacional previstos en el Convenio sobre la Cibercriminalidad a los delitos de racismo y xenofobia cometidos por medio de sistemas informáticos.

Capítulo IV. Por último, los artículos 9 a 16 incluyen disposiciones finales relativas a expresión del consentimiento en vincularse, entrada en vigor, adhesión, reservas y declaraciones, estatuto y retirada de las reservas, aplicación territorial, denuncia y notificación.

Finalmente, se contienen la relación de declaraciones y reservas efectuadas por los distintos Estados Parte. Con respecto a España, se incluye únicamente la declaración sobre Gibraltar, para el caso de que el Protocolo se aplique a dicho territorio. Ha de comentarse, igualmente, que en el *BOE* número 51, de 28 de febrero de 2015, se publicó una *corrección de errores* del mencionado Protocolo, que afecta a una reserva formulada por Montenegro.

Javier SÁNCHEZ BERNAL
Personal Investigador en Formación. Área de Derecho Penal
Universidad de Salamanca
jsbernal@usal.es